

Hans-Gert Schoofs

ENTWICKLUNG UND AKTUELLE BEDEUTUNG DER REGELN
ÜBER
GESTÄNDNIS UND NICHTBESTREITEN IM ZIVILPROZESS

1979
1979

1980



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552206_0009

ENTWICKLUNG UND AKTUELLE BEDEUTUNG DER REGELN

ÜBER

GESTÄNDNIS UND NICHTBESTREITEN IM ZIVILPROZESS

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

Zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Hans-Gert Schoofs
aus Kalkar

1980



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhosser

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Kiefner

Dekan: Prof. Dr. Battes

Tag der mündlichen Prüfung: 3.VII.1979

Entwicklung und aktuelle Bedeutung der Regeln über
Geständnis und Nichtbestreiten im Zivilprozeß

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

	Seite
Inhaltsverzeichnis	II
Literaturverzeichnis	VII
Einleitung	2
§ 1 Das gerichtliche Geständnis - Übersicht	6
§ 2 Grundlagen der Geständnisregelung (DCPO 1877)	20
§ 3 Streit um die Natur des Geständnisses nach Inkrafttreten der DCPO bis 1933	73
§ 4 Die Nichtbestreitensregeln - Übersicht	101
§ 5 Die Erklärung des Fiktionsgedankens	105
§ 6 Einfluß der Wahrheitspflicht nach 1933	121
§ 7 Vorschläge de lege ferenda	191
Schluß	193

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einleitung	2
1. Teil: Das gerichtliche Geständnis	6
§ 1 Das Gerichtliche Geständnis - Übersicht	6
I Tatbestand	6
A Begriff	6
B Vorweggenommenes Geständnis	8
C Erklärungsform	8
D Gegenstand	10
E Beweisverträge	12
F Teilbarkeit und Zusätze	14
II Rechtsfolgen	14
A Bindung des Gerichtes	14
B Bindung der gestehenden Partei	16
III Rechtsnatur des Geständnisses - Streitstand	18
§ 2 Grundlagen der Geständnisregelung (DCPO 1877)	20
I Anhaltspunkte in den Motiven	20
II Verzichtstheorie	21
A Wetzell (Ed. III, S. 171)	21
B Planck (Krit. Vierteljahresschrift IV, S. 254)	23
III Grundsätze des gemeinen Rechts	25
A Dogmatische Grundlagen	25
1. Römisches Recht	25
a) Richterbindung	25
b) Parteienbindung	29
2. Germanisches Recht	31

	Seite
3. Kanonisches Recht	33
4. Gemeines Recht	36
a) Aufnahme des kanonischen Rechts	36
b) Entwicklung bis Bethmann-Hollweg	37
c) Unterscheidung der Wirkungskraft des gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisses durch Bethmann-Hollweg	39
d) Dispositionstheorie in der Variante der Verzichtstheorie	40
B Juristische Strömungen in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts	41
C Ergebnis	43
IV Entstehungsgeschichte des Geständniswortlauts	44
A Die in den Motiven erwähnten "Vorbilder"	44
1. Die Civilprozeß-Ordnung für das Königreich Württemberg 1868	44
2. Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund 1869	45
B Entstehungsgeschichte des Norddeutschen Entwurfs	46
1. Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten 1793	46
a) Bindung des Gerichts	49
b) Widerrufsregelung	50
2. Corpus Juris Fridericianum 1781	52
a) Bindung des Gerichts	52
b) Widerrufsregelung	52
c) Eigenständige Behandlung des Geständnisses durch den preußischen Gesetzgeber	53

	Seite
3. Analyse des AGO-Geständnisrechts	55
a) Das AGO-Geständnis - ein formales Beweismittel?	55
b) Die Grundlagen der Richterbindung	61
c) Die Widerrufsregelung	65
4. Die AGO-Grundzüge im 19. Jahrhundert	67
5. Begründung des Rückgriffs des Nord-deutschen Entwurfs auf I 10 § 27a AGO	68
6. Folgen des Rückgriffs auf die AGO	71
§ 3 Der Streit um die Natur des Geständnisses nach Inkrafttreten der DCPO bis 1933	73
I Literatur	73
A von Canstein (Differenzierung der Verhandlungsmaxime)	73
B Demelius (Widerrufsregelung)	75
C Wach (Feststellungstheorie)	79
D Bülow (Übereinstimmungstheorie)	83
1. Tatbestand	85
2. Wirkungsgrad	87
E Hegler (Streitlosstellungsgedanke)	89
F Pagenstecher (materiell-rechtliche Dispositionstheorie)	93
G Walsmann (Dispositionstheorie)	95
II Rechtsprechung	98
2. Teil: Die Nichtbestreitensregeln	101
§ 4 Die Nichtbestreitensregeln - Übersicht	101
I Die Nichtbestreitensregeln beim Verhandeln	101
II Die Säumnisregeln	102

	Seite
§ 5 Die Erklärung des Fiktionsgedankens	105
I Übersicht über die Lösungsansätze	105
II Historische Grundlagen dieser Fiktionen	106
A Fiktion der Litiskontestation	106
1. Der Einlassungszwang	106
2. Die Fiktion der Einlassung (poena contumaciae)	108
B Fiktion des gerichtlichen Geständnisses	110
1. Deutsche und romanistische Beweis- auffassung	110
2. Die Geständnisfiktion (poena confessi)	111
III Bewertung der Systematisierungsversuche	114
A Der Sanktionsgedanke Degenkolbs und Wachs	114
B Die Abwehrtheorie Bülow's	115
C Der Gedanke der Streitlosstellung bei Hegler	116
D Der Befehlscharakter der Fiktionen bei Esser	116
IV Abschließende Betrachtung	120
3. Teil: Der Einfluß der Wahrheitspflicht auf die Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten	121
§ 6 Einfluß der Wahrheitspflicht (Novelle 1933)	121
I Überblick	121
II Verhalten des Gesetzgebers	123
A Einleitung zur Novelle 1933	123
B Begründung der Wahrheitspflicht im Entwurf 1931	125
III Die Geständnisbindung bei Verletzung der Wahrheitspflicht	129
A Rechtsprechung	129
B Literaturmeinungen	132

	Seite
1. Vor der BGH-Entscheidung im 37. Band	132
2. Dem BGH folgende Stimmen	144
3. Gegenstimmen	148
C Der dekorative Charakter der Wahrheitspflicht	157
1. Alternative Tatbestandsbestimmung des Geständnisses	158
2. Einfluß der Wahrheitspflicht auf die Bindung	165
a) des Gerichts	165
b) der gestehenden Partei	167
IV Die Bindung des Gerichts an die Geständnisfiktionen bei Verletzung der Wahrheitspflicht	173
A Besonderheiten über die Geständnisproblematik hinaus	173
1. § 138 Abs. 3	173
2. § 331	174
a) Säumnis des Beklagten im ersten Termin	174
b) Säumnis des Beklagten in einem weiteren Termin	175
B Rechtsprechung	175
C Literatur	184
1. Kongruenz mit dem Geständnisrecht	184
2. Differenzierungsversuche	184
D Lösungsansatz aus dem Regelungscharakter der Geständnisfiktionen	188
§ 7 Vorschläge de lege ferenda	191
I Geständnisrecht	191
II Nichtbestreitensrecht	192
Schluß	193

LITERATURVERZEICHNIS

I Lehrbücher, Kommentare, Einzelschriften, Dissertationen

- | | |
|---|--|
| Arens | Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß, Bad Homburg 1968 |
| Baumbach-Lauterbach
-Albers-Hartmann | Zivilprozeßordnung, 30. Aufl., München 1970; 31. Aufl., München 1973; 35. Aufl., München 1976; 38. Aufl., München 1980 |
| Baumgärtel | Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, Berlin und Frankfurt 1957 |
| Bayer | Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß, 8. Aufl., München 1856; 10. Aufl., 1869 |
| Bernhardt | Das Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Berlin 1968 |
| Bethmann-Hollweg | Der römische Civilprozeß I Band, Bonn 1864; III Band, Bonn 1866 |
| derselbe | Versuche über einzelne Teile der Theorie des Civilprozesses, o.O. 1827 |
| Blomeyer | Zivilprozeßrecht - Erkenntnisverfahren, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963 |
| Boehmer | Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, Tübingen 1950 |
| Bomsdorf | Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, Berlin 1971 |
| de Boor | Rechtsstreit, Berlin 1940 |
| derselbe | Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, Leipzig 1941 |
| de Boor/Erkel | Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Wiesbaden 1961 |
| Bruns | Zivilprozeßrecht, Berlin und Frankfurt 1968 |
| Brüggemann | Judex statutor und judex investigator, Bielefeld 1968 |
| Bülow | Das Geständnisrecht, Freiburg 1899 |
| von Canstein | Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses, Wien 1877 |

Conrad	Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten von 1794, Köln 1958
Danz	Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Prozesses, 3. Aufl., Stuttgart 1800
Degenkolb	Einlassungszwang und Urteilsnorm, Leipzig 1877
Demelius	Die Confessio im römischen Civilprozeß und das gerichtliche Geständnis der neuesten Prozeßgesetzgebung, o.O. 1880
Endemann	Das Deutsche Zivilprozeßrecht, Neudruck der Ausgabe Heidelberg 1868, Aalen 1969
Esser	Vorverständnis und Methodenwahl der Rechtsfindung, Frankfurt 1970
derselbe	Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 2. Aufl., Frankfurt 1969
Flume	3. Aufl. Allgemeiner Teil des BGB, 2. Band, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1979
Gesterding	Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtmaterien, 2. Teil, Greifswald 1827
Gönner	Handbuch des gemeinen Zivilprozesses, Bd. 1, 2, 2. Aufl., Erlangen 1804
Goldschmidt	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1932
Grolmann	Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen entworfen, 4. Aufl., Gießen 1819
Grunsky	Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974
Häberle	Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg 1970
Hahn	Materialien zur Zivilprozeßordnung, Berlin 1880
Hegler	Beiträge zur Lehre vom prozessualen Erkenntnis und Verzicht, Tübingen-Leipzig 1903
Heffter	System des römischen und deutschen Civilprozesses, o.O. 1843
Hellwig	System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, Leipzig 1912

Henckel	Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970
Hesse	Juristische Probleme, Jena 1872
Hildebrandt	Die Grundgedanken der Zivilprozeß-reform, Berlin-Leipzig 1934
von Hippel	Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht im Zivilprozeß, Frankfurt 1939
Holzhammer	Österreichisches Zivilprozeßrecht (Erkenntnisverfahren), Wien-New York 1970
Juchems	Das Geständnis im Zivil- und Strafprozeß, Diss. Köln 1935
Kaser	Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966
Kirchner	Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., Berlin 1968
Kollhosser	Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München 1970
Krencker	Die Wahrheitspflicht der Parteien im deutschen und österreichischen Zivilprozeßrecht, Leipzig 1935
Kress	Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß und ihre Sanktionen, Diss. Tübingen 1939
Lent	Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivilprozeß, Bad Oeynhausen 1942
derselbe	Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., München 1949; 4. Aufl., München 1952
Lent-Jauernig	Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., München 1970; 18. Aufl., München 1977
Leue	Theorie des Beweises im Preußischen Civilprozeß, Aachen und Leipzig 1835
Linde	Lehrbuch des deutschen gemeinen Zivilprozesses, 7. Aufl., Bonn 1850
Luhmann	Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969
Mayrhofer	Anmerkungen über die allgemeine Gerichtsordnung, Linz 1793
Mettenheim	Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß, Berlin 1970

Münter	Wahrheitspflicht und Geständniswirkung, Diss. Mainz 1953
Nagel	Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß, Baden-Baden 1967
Niese	Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950
Nikisch	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952
Nörr	Naturrecht und Zivilprozeß, Tübingen 1976
Pagenstecher	Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905
Peters	Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß, Köln und Berlin 1966
Petersen	Das antizipierte Geständnis, Diss. Rostock 1941
Pfeiffer-Maul-Schulte	Strafgesetzbuch, Essen 1969
Pful	Die sowjetische Zivilprozeßordnung und ihr Einfluß auf den sowjetzonalen Zivilprozeß, Berlin 1957
Planck	Lehrbuch des Deutschen Civilprocessrechts Erster Band, Allgemeiner Teil, Nördlingen 1887
Pollak	System des Österreichischen Zivilprozeßrechts I Teil, 2. Aufl., Wien 1930; II Teil, Wien 1931
Renaud	Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig und Heidelberg 1873
Rimmelspacher	Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, Göttingen 1966
Rohr-Heinzelmann	Die ZPO für das Deutsche Reich, Leipzig 1934
Rosenberg	Zu dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung, Berlin 1933
derselbe	Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Berlin 1931; 5. Aufl., München und Berlin 1951
Rosenberg-Schwab	Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., München 1977

Savigny	System des heutigen römischen Rechts, III Band, Berlin 1840; VII Band, Berlin 1848
Schiedermaier	Vereinbarungen im Zivilprozeß, Bonn 1935
Schima	Die Versäumnis im Zivilprozeß, Leipzig und Wien 1928
Schlosser	Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, Tübingen 1968
Schmidt, R.	Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1898
Schmidt, J.	Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozeß, Berlin-New York 1972
Schöll	Der Codex Juris Bavarici Judicarii von 1753 im Vergleich mit den prozeßrechtlichen Bestimmungen der bayrischen Gesetzgebung von 1616 und mit dem Entwurf und dem Gutachten von 1752/53, Diss. München 1965
Schönke-Kuchinke	Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., Karlsruhe 1969
Seuffert-Walsmann	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., 1. Band, München 1932
Siegel	Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, Nachdruck der Ausgabe Gießen 1857, Erster Band, Frankfurt 1970
Siegrist	Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, Bern 1938
Sobernheim	Das ungünstige Parteivorbringen als Urteilsgrundlage im Zivilprozeß, Berlin 1916
Staab	Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, Würzburg 1973
Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Aufl., Tübingen 1934; 19. Aufl., bearbeitet von Pohle, seit 1967 fortgesetzt von Grunsky, Leipold, Münzberg, Schlosser und Schumann, Erster und Zweiter Band, Tübingen 1972
Struckmann-Koch	Die Civilproceßordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1878

Stürner	Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976
Sydow-Busch	Zivilprozeßordnung, 22. Aufl., Berlin 1941
von Tevenar	Theorie der Beweise im Civilproceß, Magdeburg-Leipzig 1780
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung, 10. Aufl., München 1978
Wach	Vorträge über die Reichs-Civilprozess- ordnung, 2. Aufl., Bonn 1896
Wellmann	Der Kampf um die norddeutsche Prozeß- ordnung, Breslau 1870
Welzel	Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß- recht, Berlin 1935
Wetzell	System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878
Wieczorek	Zivilprozeßrecht, Zweiter Band Teil 1, Berlin 1957; Erster und Zweiter Band, 2. Aufl., Berlin-New York 1976
Windscheidt	Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band, 7. Aufl., Frankfurt 1891
Würthwein	Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilpro- zess, Berlin 1977
Wolf	Das Anerkenntnis im Prozeßrecht, Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich 1969
Zeiss	Die arglistige Prozeßpartei, Berlin 1967
Zettel	Der Beibringungsgrundsatz, Diss. Berlin 1977

II Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen
Sammelwerken sowie Berichte und Verhandlungen

- Baur Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Zivilprozeß, in: Festschrift für Bötticher, Berlin 1969
- Baumgärtel Neue Tendenzen der Prozeßhandlungslehre, ZZP 87, S. 121ff
- Bernhardt Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, in: Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, Berlin-München 1949, S. 1ff
- derselbe Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeßrecht, JZ 1963, S. 245ff
- derselbe Bemerkung zu RG vom 11.5.1937 - VII 265/36 -, ZAKDR 1937, S. 536
- derselbe Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß, DJZ 1936, S. 1404ff
- Bettermann Buchbesprechung "Falk Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß", ZZP 88, S. 347ff
- Blomeyer Rezension Berg (Gutachten und Urteil), JA 1972, S. 431ff
- derselbe Die Haftung des Staates für die Verzögerung von Zivilprozessen, NJW 1977, S. 557ff
- Brackenhoeft Beiträge zur Lehre vom Geständnis im Zivilprozeß, AcP 20, S. 248ff
- derselbe Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, Leipzig 1837, S. 944ff
- Brunner Das neue Zivilprozeßrecht der DDR, NJW 1977, S. 177ff
- Buchholz Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz im geltenden und künftigen Zivilprozeßrecht, JW 1937, S. 2744ff
- Bülow Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62, S. 1ff
- derselbe Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64, S. 1ff

Bundesjustiz- ministerium	Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, Bonn 1961
dasselbe	Bericht der Kommission für das Zivil- prozeßrecht, Bonn 1977
von Canstein	Anerkennung und Geständnis, ZZP 1, S. 257ff
Deubner	Zurückweisung verspäteten Vorbringens und Verfassungsbeschwerde, NJW 1976, S. 2113
derselbe	Die Praxis der Zurückweisung verspäte- ten Vorbringens, NJW 1979, S. 337ff
Dietrich	Die Wirkung des Versäumnisurteils gegen den Kläger, ZZP 84, S. 419ff
Fastrich	Heilung der Verspätungsfolgen des § 296 I ZPO durch Versäumnis?, NJW 1979, S. 2598
Fischer	Sachverhalt und Rechtsnorm in der deutschen Zivilrechtspflege, DJZ 1936, S. 471
Friedrichs	Wahrheitspflicht im Zivilprozeß, JR 1932, S. 19
Guyet	Das fingierte Geständnis im Civilpro- zeßrechte, AcP 40, S. 145ff
Gaul	Willensmängel bei Prozeßhandlungen, AcP 172, S. 342ff
Giering	Prozeßbetrug im Versäumnis- und Mahn- verfahren - zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffes in § 263 StGB, GA 1973, S. 1ff
Habscheid	Richtermacht oder Parteifreiheit - Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozeßrechts, ZZP 81, S. 175ff
derselbe	Aktuelle Fragen des Prozeßrechts, ZZP 86, S. 20ff
Häsemeyer	Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse - Zur Fragwürdigkeit der Parteidisposition als Urteilsgrund- lage, ZZP 85, S. 207ff
Hegler	Besprechung des Kommentars zur ZPO von Gaupp, Stein, Jonas, 15. Aufl., AcP 139, S. 121

Henke	Buchbesprechung "Christoph von Mettenheim, Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß", ZZP 84, S. 469ff
Hölder	Die Natur des gerichtlichen Geständnisses, ZZP 28, S. 389ff
Johannsen	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.5.1962 - VII ZR 46/41 -, in: LM § 290 Nr. 1 ZPO
Kisch	Wahrheitspflicht, Verhandlungsmaxime, Eventualmaxime, DJZ 1936, S. 913ff
Lang	Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß, Verw. Archiv 1961, S. 60ff
Lehmann	Die Rechtsnatur des Klageanerkenntnisses, in: Festgabe für Paul Krüger, Berlin 1911
Lent	Verteilung der Verantwortlichkeit unter Gericht und Parteien im Zivilprozeß, ZZP 63, S. 1ff
derselbe	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.12.1952, NJW 1953, S. 621f
Lorenz	Rechtsfolgen der Verletzung der Wahrheitspflicht im Zivilprozeß, JW 1934, S. 875ff
Marburger	Gerichtsstandsvereinbarungen im Mahnverfahren, NJW 1974, S. 1921ff
Neis	Zur Funktion der Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Verwaltungsgerichten, DÖV 1972, S. 626ff
Pagenstecher	Bemerkungen über die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß, ZAKDR 1935, S. 973
Planck	Bemerkungen über den Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern, in: Kritische Vierteljahresschrift IV, S. 254ff
Prütting	Versäumnisurteile in Statusprozessen, ZZP 91, S. 197ff
Püschel	Der Entwurf einer ZPO und die wichtigsten Prozeßmaximen, JR 1932, S. 61ff
Putzo	Die Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, S. 1ff

- Rietzsch Prozeßbetrug und Wahrheitspflicht, in:
Deutsches Strafrecht Neue Folge, Bd. 1,
1934, S. 10ff
- Rosenberg Die gewillkürte Parteiänderung im
Zivilprozeß, ZZP 70, S. 1ff
- Rümelin Oskar Bülow, AcP 103, S. 1ff
- Sachse Beweisverträge, ZZP 54, S. 409ff
- Schneider, Egon Die Zurückweisung verspäteten Vor-
bringens, JR 1965, S. 328ff
- derselbe Anmerkung zu OLG Köln, Urteil vom
20.9.1976 - 8 U 20/76 -, NJW 1977,
S. 301
- derselbe Prozessuale Folgen wahrheitswidrigen
Vorbringens, DRiZ 1963, S. 342ff
- derselbe Die neuere Rechtsprechung zum zivil-
prozessualen Beweisrecht (I), MDR 1975,
S. 444ff
- Schneider, Herbert Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.5.1962
- VII ZR 46/61 -, ZZP 75, S. 362ff
- Der Spiegel Faule Forderungen, Nr. 19 (1973),
S. 89f
- Staud Neues Zivilprozeßrecht, in: Preußische
Justiz, 95. Jahrgang, S. 602ff
- Stoll Reformfragen des Versäumnisverfahrens,
DJZ 1934, S. 302
- Schwab Gegenwartsprobleme der deutschen Zi-
vilprozeßrechtswissenschaft, JuS 1976,
S. 69ff
- Titze Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß,
in: Festgabe für Schlegelberger, Ber-
lin 1936, S. 171ff
- Verhandlungen der Fachgruppe für Grundlagenforschung
anlässlich der Tagung für Rechtsver-
gleichung in Kiel vom 8.-11. Sept. 1965
(Freiheit und Bindung des Zivilrichters
in der Sachaufklärung), Berlin 1966
- Volkmar Das neue Zivilprozeßgesetz vom 27. Ok-
tober 1933, JW 1933, S. 2427ff
- Volkommer Erste Zweifelsfragen aus dem neuen
Mahnverfahren, in: Der Deutsche Rechts-
pfleger 1978, S. 82ff
- Wach Defensionspflicht und Klagerecht, in:
Grünhuts Zeitschrift für das Privat-
und Öffentliche Recht der Gegenwart,
Bd. VI, S. 515ff

- Wach Präclusion und Contumaz, in: Grünhuts
Zeitschrift für das Privat- und Öffent-
liche Recht der Gegenwart, Bd. VII,
S. 130ff
- derselbe Das Geständnis, AcP 64, S. 201ff
- Walsmann Der Irrtum im Prozeßrecht, AcP 102,
S. 1ff
- Weimar Darf das Gericht unwahre Behauptungen
des Klägers bei Säumnis des Beklagten
als zugestanden ansehen?, MDR 1963,
S. 189
- Wildhagen Der Gemeinschaftsgedanke und das Er-
kenntnisverfahren im bürgerlichen
Rechtsstreite, ZZP 60, S. 159ff
- Wittmaack Das gerichtliche Geständnis, AcP 88,
S. 1ff
- Zeidler Die Verwaltungsrechtsprechung in den
Spannungsfeldern unserer Gesellschaft,
DVBl 1971, S. 565ff

III Gesetze, Gesetzesentwürfe und Protokolle

Allgemeine bürgerliche Prozeß-Ordnung für das Königreich Hannover vom 8. November 1850, Stade 1860

Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten (AGO) Erster Teil - Dritter Teil, Berlin 1816

Civilprozeß-Ordnung für das Königreich Württemberg, Stuttgart 1868

Corpus Juris Fridericianum (CJF) 1. Buch von der Proceß-Ordnung, Berlin 1781

Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund, Berlin 1869 - Anlage zu den Protokollen der CCCLXXV-CCCXC. Sitzung

Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung, Berlin 1871

Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung, Berlin 1872

Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren - Vereinfachungsnovelle - nebst Begründung, Bundestagsdrucksache 7/2729 vom 5.11.1974

Entwurf einer Zivilprozeßordnung, Berlin 1931 - veröffentlicht durch das Reichsministerium

Projekt des Codis Fridericiani Marchici, Berlin 1748

Protokolle der Kommission zur Beratung einer allgemeinen Zivilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten Hannover CXXXII-CLVI 1864

Revidierter Entwurf der bürgerlichen Prozeßordnung für die preußischen Staaten, 1. Band, Berlin 1842

Die verwendeten Abkürzungen sind dem Abkürzungsverzeichnis von Kirchner entnommen.

"Eine der wichtigsten Fragen im Civilprozeß ist unstreitig die, was den Richter bei Entscheidung der Sache leiten und bestimmen müsse, worauf er das Urtheil zu gründen habe? Das Natürlichste scheint, den Richter in dieser Beziehung auf seine eigne Überzeugung zu verweisen... .

Allein näher besehen, ist es keineswegs der einzig mögliche. In allen positiven Rechten ist noch ein zweiter rechtlich anerkannt, der sich im Allgemeinen nur negativ charakterisieren läßt. Nehmlich häufig muß der Richter ohne alle Rücksicht auf seine Überzeugung, also auch ohne Untersuchung und eigentlichen Beweis, eine Behauptung der Partheien für wahr oder unwahr erklären, kurz sein Urtheil auf etwas ganz Andres gründen, als seine eigne Ansicht von der Sache. Es giebt dafür keinen passendern Ausdruck, als den von Möser erfundenen, förmliche Wahrheit, weil auch hier Etwas aus rein formellen Gründen für wahr gilt, ohne alle Rücksicht auf die wirkliche Wahrheit.

Der Grund dieser Regelung zugrunde liegenden Inhalts liegt in der sogenannten Verhandlungsmaxime, die nicht als etwas Positives angesehen werden kann, sondern für den reinen Civilprozeß, wo die Partheien Rechte geltend machen, auf die sie auch verzichten können, das Ursprüngliche und Natürliche ist."

Bethmann-Hollweg (1827): Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozes-
ses, S. 25of

EINLEITUNG

Zentralpunkt der gegenwärtigen Diskussion über die Reform des Zivilprozesses ist die zu lange Prozeßdauer.¹ Dadurch ist der von Bomsdorf² erneut entfachte Streit um den Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozeß³ ein wenig zurückgedrängt worden, zumal auf diesem zur traditionellen Dogmatik des Zivilprozesses zählenden Gebiete sprunghafte "Entwicklungen" ausgeschlossen sind.⁴

Bei näherer Betrachtung stellt man fest, daß sich beide Problemkreise in der Frage der Tatsachenbeschaffung durch die Parteien und das Gericht überschneiden und die Frage nach dem Verhandlungsgrundsatz weiteren Fragen logisch vorgelagert ist.

Enthält die Zivilprozeßordnung einen solchen, im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnten Grundsatz? Wenngleich ein solcher Grundsatz der Parteiherr-

1 vgl. den Entwurf der "Vereinfachungsnovelle" vom 3.12.1976 in der Bundstagsdrucksache 7/2729, S.1; Kommissionsbericht 1977, S. 29

2 Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, 1971; vgl. dazu die ablehnende Buchbesprechung von Bettermann, ZZP 88, S. 347 (350): "Der Verfasser - sc. Bomsdorf - ficht ... gegen Gespenster, die seiner Einbildung entspringen".

3 Dieser Grundsatz soll gemäß der Empfehlung der Kommission zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit aus dem Jahre 1961 seine beherrschende Stellung im Zivilprozeß behalten (vgl. Kommissionsbericht 1961, S. 175). Im Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Bundstagsdrucksache 7/2729 vom 5.11.1974) wird er als Grundprinzip des Zivilprozesses bezeichnet (S. 39).

Zu diesem Grundsatz vgl. aber auch Kress: "Die Verhandlungsmaxime ist nur ein Mittel zur praktischen Gestaltung des Zivilprozesses wie andere mehr. Sie ist kein ein für allemal feststehendes Prinzip des Prozesses. Ihre Ausgestaltung hängt von zeitgebundenen Zweckmäßigkeitserwägungen ab" (S. 35) sowie die Vorschläge de lege ferenda von Zettel (Der Beibringungsgrundsatz, 1977, S. 188ff).

4 zu diesem Aspekt vgl. Henke ZZP 84, S. 469

schaft im Zivilprozeß die Verteilung der Funktionen und Kompetenzen zwischen Parteien und Gericht nicht zentral prägt,¹ kommt die Parteiherrschaft über den Sachverhalt indirekt doch in einer Reihe von Bestimmungen zum Ausdruck. So darf das Gericht nur solche Tatsachen bei der Urteilsfindung berücksichtigen, die von mindestens einer Partei behauptet sind (u.a. §§ 130 Nr. 3, 286 Abs. 1 Satz 1, 288, 289, 313 Abs. 2, 331 Abs. 1, 359 Nr. 1, 542 Abs. 2, 616).² Das "Herzstück" einer daraus hergeleiteten Parteiherrschaft über den Sachverhalt bildet nach hergebrachter Ansicht das Institut des gerichtlichen Geständnisses.³ Eine solche Dispositionsbefugnis der Parteien im Regelverfahren wird auch auf die Regeln über Nichtbestreiten (u.a. § 138 Abs. 3) und das vermutete totale Geständnis im Falle der Säumnis des Beklagten (§ 331 Abs. 1) gestützt.⁴

Besagen damit insbesondere die Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten, daß dem Gericht zwingend "die Hände gebunden sind", wenn eine oder beide Parteien entscheidungsrelevante Tatsachen nicht oder beide übereinstimmend unwahre Tatsachen vortragen? Die herrschende Meinung kommt trotz der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht (§ 138 Abs. 1) von dem in den erwähnten Regeln versinnbildlichten

1 Dagegen sprechen unter anderem die Bestimmungen der §§ 138 Abs. 1, 139, 141-144, 273, 358a, 448 (alle §§ ohne nähere Angabe beziehen sich auf die ZPO).

2 vgl. Bettermann ZZP 88, S. 347 (348) unter Hinweis auf RGZ 151, 98 und RG Warn 1935 Nr. 144

3 vgl. Bettermann ZZP 88, S. 347 (349); Blomeyer § 68 Anm. IV 3; Rosenberg-Schwab § 117 Anm. I; BGHZ 37, 154 (155); so bereits Bethmann-Hollweg Versuche, S. 252

4 vgl. Kollhosser, S. 120

Verhandlungsgrundsatz¹ aus zu dem Ergebnis: Die Parteien können über Tatsachen disponieren.² Hierbei wird das gerichtliche Geständnis in die Nähe des Anerkenntnisses und Verzichts gerückt. Ob ein solches Ergebnis sich dogmatisch mit den den Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten zugrundeliegenden Regelungsmechanismen vereinbaren läßt, soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

Das nach außen als Einheit erscheinende deutsche Zivilprozeßrecht - insbesondere soweit es die in diesem Zusammenhang interessierenden Regeln §§ 288, 138 Abs. 3, 331 Abs. 1 betrifft - erweist sich bei näherer Betrachtung als eine Bündelung und Mischung mannigfaltiger Strömungen des römischen, germanischen und kanonischen Rechts. Daneben findet man vielfach die Übernahme von einzelnen Regelungen der Partikularrechte des gemeinen Rechts in die einerseits vom liberalistischen Zeitgeist geprägte "Kampf-ums-Recht-Ordnung" des Zivilprozesses von 1877. Andererseits hat der Gesetzgeber in der dritten Novelle zum Zivilprozeß 1933 die Wahrheitspflicht gesetzlich normiert, ohne jedoch das Gesetz auf die geänderte Pflicht der Parteien abzustimmen.

Somit bietet sich für den Gang der Untersuchung, die inhaltlichen Leitvorstellungen der geltenden Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten transparent zu machen, folgende Darstellungsweise an:

1 Nach neuem Verständnis äußert dieser Grundsatz lediglich eine gegen das Gericht gerichtete "Sperrwirkung" dahin, daß das Gericht "ihm bekannte, aber nicht vorgetragene Tatsachen nicht berücksichtigen, unbekannte, trotz Ausübung des Fragerechts (weil erheblich) im Dunkel bleibende Tatsachen nicht von sich aus erforschen und fehlende Beweisantritte nicht von sich aus ergänzen darf" (Brügge-mann, S. 118f).

2 vgl. Grunsky § 20 I; Henckel, S. 81; Kollhosser, S. 120f; Würthwein, S. 59

Den Übersichten über das gerichtliche Geständnis (§ 1) und die Nichtbestreitensregeln (§ 4) folgt jeweils ein historischer Exkurs (§§ 2, 5). Die Darstellung der Entwicklung des Geständnisrechts nach Inkrafttreten der ZPO bis 1933 bleibt angesichts des gerade in dieser Zeitepoche besonders lebhaft geführten Streits um die Rechtsnatur des Geständnisses einem gesonderten Kapitel vorbehalten (§ 3). Im Anschluß daran stellt sich die entscheidende Frage nach dem Einfluß der durch die Novelle 1933 gesetzlich normierten Wahrheitspflicht (§ 6). Das Fazit der Untersuchung schlägt sich in den Vorschlägen de lege ferenda nieder (§ 7).

§ 1 Das gerichtliche Geständnis - Übersicht

I Tatbestand

A Begriff

Gemäß § 288 Abs. 1 liegt ein wirksames gerichtliches Geständnis¹ dann vor, wenn die beweisbelastete Partei im Laufe des Rechtsstreites² bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters eine ihr günstige Tatsache behauptet und die Gegenpartei diese ihr ungünstige³ Behauptung bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters zugesteht. Diese Tatsache hat das Gericht ohne Wahrheitsprüfung seinem Urteil zugrunde-

-
- 1 Der Begriff "Geständnis" ohne Zusatz umfaßt nur das gerichtliche Geständnis. Die Bezeichnung "gerichtliches Geständnis" ist eine bloße Verdeutschung der römischen confessio in iudicio und hat mit der heutigen Unterscheidung in gerichtliches und außergerichtliches Geständnis nichts zu tun. Die confessio in iudicio - sie bezog sich auf die Urteilsgrundlage - diente zur Unterscheidung der confessio in iure (beides gerichtliche Geständnisse). Das letztere gehörte ursprünglich einem anderen Prozeßstadium an und bezog sich unmittelbar auf den abzuurteilenden Rechtsanspruch (vgl. Bülow Geständnis, S. 45f).
 - 2 Ein außerhalb des Prozesses abgegebenes Geständnis - auch ein gerichtliches in einem anderen Prozeß - ist nur ein außergerichtliches. Es gilt nur als Indiz und unterliegt der freien Beweiswürdigung (vgl. Blomeyer § 68 Anm. II). Das gerichtliche Geständnis ist eine Prozeßhandlung, die sich unmittelbar an das erkennende Gericht richtet (vgl. Petersen, S. 11).
 - 3 Es genügt, wenn die zugestandene Tatsache in dem Sinne nachteilig ist, daß sie zur Begründung oder Ausräumung des von der Partei oder des gegen sie eingeklagten Rechtsanspruches zu dienen geeignet ist. Die Nachteiligkeit der zugestandenen Tatsache braucht zur Zeit der Abgabe des gerichtlichen Geständnisses noch nicht vorhanden gewesen zu sein (vgl. Juchems, S. 7; Petersen, S. 14; Sobernheim, S. 167).

zulegen. Die gestehende Partei kann dieses Geständnis außer nach § 290 nicht widerrufen.

Diese Bindungswirkungen treten nicht in allen Fällen ein:

- (1) Ein Geständnis ist unbeachtlich, wenn es einen der Amtsprüfung unterliegenden Punkt (Prozeßvoraussetzung, vgl. z.B. § 56 Abs. 1) betrifft.¹
- (2) Für den Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungsprozeß (§§ 617, 640 Abs. 1, 641, 670, 679 Abs. 4, 684 Abs. 4, 686 Abs. 4) sowie das Aufgebotsverfahren (§ 952 Abs. 3) hat der Gesetzgeber eine andere Regelung getroffen. Das gilt auch für die Voraussetzungen der Berichtigung des Tatbestandes (§ 320) sowie für offenkundige Tatsachen (§ 291).²
- (3) Die Geständniswirkung entfällt ferner nach Überwiegender Meinung im Schrifttum, wenn die zugestandene Tatsache unmöglich d.h. jeder Erfahrung zuwider ist oder offenkundig nicht vorliegt (offenkundig unwahr ist).³ Daneben sollen die §§ 288ff auch einem kollusiven Verhalten der Parteien zu Lasten eines Dritten oder zur Umgehung von Gesetzen keinen Vorschub leisten.⁴ Gemäß einer Mindermeinung entfällt die Bindungswirkung eines Geständnisses auch bei einem Ver-

1 vgl. BARbG NJW 1958, S. 1699; Ba-L § 128 Grundzüge 3 H; Marburger NJW 74, S. 1921 (1923)

2 vgl. Ba-L § 288 Anm. 3 I B

3 vgl. Nikisch § 67 Anm. II 1; Thomas-Putzo § 288 Anm. 3 b bb; Ba-L a.a.O.; Stein-Jonas-Pohle-Schumann/Leipold § 288 Anm. III 2; von Hippel, S. 73ff; a.A. Grunsky: "Die Parteien sind unumschränkte Herrscher der Beschaffung des entscheidungserheblichen Tatsachenmaterials" (§ 20 I); so auch Schneider MDR 1975, S. 444 (445).

4 vgl. Blomeyer § 68 Anm. IV 3; Stein-Jonas-Pohle-Schumann/Leipold a.a.O.; Thomas-Putzo § 288 Anm. 3 b cc

stoß gegen die Wahrheitspflicht des § 138 Abs. 1.¹

B Vorweggenommenes Geständnis

Wenngleich zumeist das Geständnis der Behauptung nachfolgt² - welche Partei trägt schon ohne Veranlassung eine ihr ungünstige Tatsache vor? -, so spricht doch der Wortlaut der Regelung nicht gegen ein vorweggenommenes (antizipiertes) Geständnis. Die Wirkung der §§ 288, 290 tritt jedoch nur dann ein, wenn die andere Partei eine korrespondierende Behauptung aufstellt. Vorher kann ein solches Geständnis noch frei widerrufen werden.³ In dem seltenen Fall, daß weder der Gegner sich auf das vorweggenommene Geständnis beruft noch der Gestehende es widerruft, greift § 138 Abs. 3 Platz.⁴

C Erklärungsform

Das Geständnis ist eine einseitige Erklärung gegenüber dem Gericht (arg. aus § 288 Abs. 2) und kann auch von einem Prozeßbevollmächtigten oder Rechtsbeistand abgegeben werden (§§ 85 S. 2, 90 Abs. 2). Es ist in das Protokoll aufzunehmen (§ 160 Abs. 3 Nr. 3, § 162). Im schriftlichen und Aktenlagever-

1 vgl. Wieczorek § 288 Anm. A I b 2; § 290 Anm. A II b, A II c; Bernhardt Zivilprozeßrecht, S. 216f; Welzel, S. 16; Schmidt Geständnis, S. 151; Hildebrandt, S. 16; Hegler AcP 139, S. 121. Die von Blomeyer (§ 68 Anm. IV 2) in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung "OLG Kiel SchlHA 1946, 269" betrifft lediglich das Verhältnis von § 288 zu § 291 mit Vorrang des § 291.

2 Davon geht das Gesetz aus (vgl. Petersen, S. 9).

3 vgl. RG JW 02, 127; Warn 40, 13

4 a.A., aber gegen die gesetzliche Regelung des § 138 Abs. 3 Bülow (Geständnis), der ein außergerichtliches Geständnis annimmt (S. 219) sowie Petersen, der für diesen Fall die Geltung des § 286 bejaht (S. 11, 16). Hierbei handelt es sich jedoch weniger um ein Problem des Geständnisrechts als vielmehr der richterlichen Sachleitung (§§ 136 Abs. 3, 139).

fahren genügt ein schriftliches Geständnis.¹

Der Gestehende muß die gegnerische Behauptung zwar nicht ausdrücklich, aber unbedingt und unzweifelhaft zugestehen.² Hierbei ist nicht unbedingt eine Erklärung mit dem Inhalt erforderlich, die gegnerische Behauptung sei wahr.³ Die gemeinsame Erklärung der Parteien über einen tatsächlichen Hergang reicht.⁴ Es kann auch die Erklärung ausreichen, eine Tatsache werde nicht bestritten.⁵ Denn auch bei der Auslegung von Prozeßerklärungen ist auf den wirklichen Willen der Parteien abzustellen. Die Erklärung darf zudem nicht aus dem Zusammenhang des gesamten Prozeßvorbringens gelöst werden.⁶

Ob Erklärungen im Rahmen der Parteivernehmung gem. § 445 auch im Anwaltsprozeß ein Geständnis nach § 288 enthalten können, ist umstritten.⁷ Gegen diese vom Bundesgerichtshof bejahte Frage⁸ spricht insbesondere die dem Gericht obliegende freie Beweiswürdigung im Rahmen der Parteivernehmung gem. § 453. Darüber hinaus müßte der Bundesgerichtshof konsequenterweise auch die Bestimmung des § 290 für anwendbar halten.

1 vgl. Ba-L § 288 Anm. 2

2 vgl. Thomas-Putzo § 288 Anm. 2 b; anders noch Bülow (Geständnis), S. 16-21, 44 (dagegen mit Recht Hegler, S. 204ff; Walsmann AcP 102, 134).

3 so aber noch Bülow (Geständnis) in Reaktion auf die von seinen Zeitgenossen vertretenen Dispositionstheorien (S. 44).

4 RG Seuffert's Archiv 73 Nr. 231

5 vgl. BGH JZ 1962, S. 252; Stein-Jonas-Pohle-Schumann/Leipold § 288 Anm. I 2 a; Blomeyer § 68 I 1. Im Zweifel ist vom richterlichen Fragerecht Gebrauch zu machen (Rosenberg-Schwab § 117 I 1 d).

6 vgl. BGH LM § 288 Nr. 3

7 vgl. Blomeyer § 68 Anm. II mit weiteren Literaturhinweisen; zu der Streitfrage, wer im Anwaltsprozeß überhaupt ein Geständnis abgeben kann, vgl. die Übersicht bei Thomas-Putzo § 288 Anm. 2 c.

8 BGHZ 8, 235 (238); abgrenzend OLG Zweibrücken OLGZ 1978, S. 357ff

Somit hätte eine Partei, wollte sie ein im Rahmen einer Parteivernehmung abgegebenes Geständnis widerrufen, den doppelten Nachweis des § 290 zu erbringen und im Falle des Mißlingens (z.B. beim bewußt unrichtigen Geständnis) mit ihrer Vereidigung zu rechnen (§ 452).¹

D Gegenstand

Gegenstand eines Geständnisses sind behauptete Tatsachen (§ 288 Abs. 1). Aus Tatsachen gefolgerte subjektive Wertungen der Parteien entfalten keine Bindungswirkung und können nur als Beweisanzeichen gem. § 286 verwertet werden.² Unter den Tatsachenbegriff des § 288 fallen nach allgemeiner Ansicht auch "einfache Rechtsbegriffe, deren Anführung der Zerlegung des Rechtsbegriffs in seine einzelnen Momente gleichzuachten ist" (Eigentum, Kauf, Darlehen).³

Ob über den Wortlaut des § 288 hinaus auch präjudizielle Rechtsverhältnisse zugestanden werden können,

1 vgl. Lent NJW 1953, S. 621; ablehnend auch Schmidt (Geständnis), S. 141ff mit ausführlichem Schrifttumsnachweis (S. 144 Anm. 139)

2 vgl. BGH LM § 288 Nr. 1. Dies gilt auch für die Beurteilung des Beweisergebnisses, die Subsumtion von Tatsachen, die rechtlichen Folgerungen aus Tatsachen, die Auslegung von Willenserklärungen und die Erfahrungs- und Rechtssätze (vgl. Rosenberg-Schwab § 117 I 1 a). A.A. Schöнке-Kuchinke, der die Unterscheidung von sogenannten einfachen und komplexen Rechtsbegriffen ohne nähere Begründung für verfehlt und "Behauptungen, denen ein Werturteil, die Anwendung von Erfahrungssätzen, die Auslegung einer Erklärung oder die Würdigung von Beweisen zugrunde liegt, allgemein für geständnisfähig" hält (§ 49 Anm. II); zur Bindung des Gerichts und der Parteien an einverständliche rechtliche Parteierklärungen vgl. die Übersicht bei Würthwein, Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozeß (1977), S. 61ff

3 vgl. Blomeyer § 68 Anm. I 2; RGZ 10, 364 (365); RGZ 58, 54 (Zugeständnis des Eigentums ist weder ein Geständnis noch ein Anerkenntnis; es hat aber als "prozessualer Dispositionsakt" eingeschränkte Geständniswirkung, da es als Verfügung über einen Teil des Streitstoffes erscheint, über den zu verfügen die Partei berechtigt ist); BGH NJW 1958, 1968 (einfache und allgemein bekannte Rechtsbegriffe und -verhältnisse)

so daß das Gericht an eine übereinstimmende Rechtsauffassung der Parteien gebunden ist, ist umstritten. Nach der vom Bundesgerichtshof vertretenen Ansicht ist der Richter in der Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt frei: "Die Parteien können nicht mittels übereinstimmender Kundgabe von Rechtsansichten die eigene rechtliche Bewertung durch das Gericht ausschließen".¹ Dieser von Grunsky als "herrschende Meinung" bezeichneten Auffassung² läßt sich entgegenhalten: Der Beklagte kann eine als unmittelbaren Streitgegenstand aufgestellte Rechtsbehauptung gem. § 307 anerkennen. Mit einem Anerkenntnis bei einer Zwischenfeststellungsklage (§ 256 Abs. 2) kann er in einer für das Gericht bindenden Weise über ein präjudizielles Rechtsverhältnis disponieren. "Folglich muß ein solches Rechtsverhältnis auch Gegenstand eines Geständnisses sein können".³ Bezieht sich das Geständnis eines Rechtsverhältnisses auf den unmittelbaren Streitgegenstand, so ist es ein Anerkenntnis (§ 307); wenn es sich nur auf ein präjudizielles Rechtsverhältnis bezieht, hat es nur die Wirkung der §§ 288, 290.⁴ In solchen Fällen hat sich das Gericht besonders gem. § 139 Gewißheit zu verschaffen, damit es zu keinem Dissens kommt.⁵

Entgegen einer von Baur und Henckel vertretenen Ansicht⁶ ist diese Dispositionsbefugnis im Prozeß aber durch die Grenzen der materiell-rechtlichen

1 BGH JR 1969, 102 (103); zustimmend Häsemeyer ZZP 85, 207 (228); Thomas-Putzo Einl. I 1; Lent-Jauernig § 25 Anm. I; Ba-L § 228 Anm. I A

2 vgl. Grunsky § 3 II

3 Blomeyer § 68 Anm. II; vgl. Baumgärtel ZZP 87, 121 (135); Schönke-Kuchinke § 49 Anm. 1; Rosenberg-Schwab § 117 I 1 a; Schlosser, S. 33ff, 96ff; Henckel, S. 134ff; Baur, S. 9f; Wolf, S. 62f

4 vgl. Rosenberg-Schwab § 117 I 1 a

5 vgl. Petersen, S. 18

6 Baur a.a.O.; Henckel a.a.O.

Privatautonomie eingeschränkt.¹

E Beweisverträge

Vom Geständnis zu unterscheiden ist der Geständnisvertrag, der den sogenannten Beweisverträgen zuzuordnen ist. Diese Verträge, die in der Regel vor Beginn des Rechtsstreites abgeschlossen werden,² kann man unterteilen in die tatbestandsfeststellenden Geständnisverträge, in die einen Vermutungszusammenhang unterstellenden Vermutungsverträge und in die auf Beschränkung der Beweisführungsart abzielenden Beweismittelverträge.³ Nicht hierzu zählen die Beweislastverträge, die nicht die Tatsachenfeststellung durch das Gericht regeln, sondern die Rechtsanwendung im Falle eines non liquet. Ihre Zulässigkeit richtet sich nach materiellem Recht.⁴

Die Beweisverträge sind einem gerichtlichen Geständnis nicht gleichzusetzen, da dessen charakteristische Wirkung an die Vornahme einer Prozeßhandlung in bestimmter Form geknüpft ist.⁵ Ihre Problematik liegt in der Frage, was das Gericht zu tun hat, wenn eine Partei sich nicht an den Vertrag hält, der zum

1 vgl. Grunsky § 3 II sowie die überzeugende Begründung von Baumgärtel in ZZP 87, 121 (135f) unter Hinweis auf die vom BGH (JZ 1969, 483) verneinte Dispositionsbefugnis der Parteien über zwingende Formvorschriften beim Kaufanwartschaftsvertrag

2 vgl. Baumgärtel (Prozeßhandlung), S. 248

3 ders., S. 249; vgl. auch Rosenberg-Schwab § 113 VI 3; die Frage, ob ein solcher Beweismittelvertrag das Gericht hindert, gleichwohl sich der Mittel der §§ 144, 273 II Nr. 4, 358a, 448 zur Sachaufklärung zu bedienen, wird überwiegend verneint (vgl. Baumgärtel (Prozeßhandlung), S. 254; Brüggemann, S. 407; Rosenberg-Schwab § 113 VI 3; LG Köln MDR 1960, S. 846 für den vertraglichen Ausschluß eines Sachverständigengutachtens; a.A. Schlosser, S. 24ff, 86ff, 89)

4 vgl. Rosenberg-Schwab § 118 III 5 b

5 vgl. Schiedermaier, S. 120

Beispiel zum Inhalt hat, daß "eine bestimmte Tatsache unwiderleglich oder wenigstens dann, wenn nicht ihr Gegenteil bewiesen wird, unbestreitbar feststehen soll".¹ Bestreitet eine Partei gleichwohl eine solche Tatsache, obwohl das Recht, eine Vereinbarung aus dem Vertrag zu bestreiten, ausgeschlossen ist und der Gegner dies im Prozeß vorgetragen hat, so hat das Gericht die Wirksamkeit einer solchen Parteivereinbarung zu prüfen. Bejaht es die Gültigkeit eines solchen Vertrages,² so hat es das Bestreiten nicht zu berücksichtigen und die vom Gegner behauptete Tatsache ohne Wahrheitsprüfung dem Urteil zugrunde zu legen.³

1 zum Inhalt eines solchen Geständnisvertrages vgl. Baumgärtel (Prozeßhandlung), S. 249

2 zur Wirksamkeit solcher Verträge vgl. die Übersicht bei Stein-Jonas-Pohle Vorbemerkung vor § 128 XI 5; bejahend u.a. Sachse ZZP 54, 409 (432); Schiedermaier, S. 120; Blomeyer §§ 70 IV, 71 II; verneinend: vgl. die Übersicht bei Baumgärtel (Prozeßhandlung), S. 248 Anm. 396; Baumgärtel (S. 258), soweit nicht der Beweis des Gegenteils vorbehalten ist; ihm folgend Brüggemann mit der Ergänzung, daß ein solcher Gegenbeweis durch Beweismittelabreden auf bestimmte Beweismittel beschränkt werden darf (S. 405 Anm. 1019). Für die Wirksamkeit solcher Geständnisverträge - es sei denn, sie verstoßen gegen § 138 BGB oder gegen Treu und Glauben (vgl. dazu die Rechtsprechung des BGH zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen - NJW 1964, S. 1123) - spricht jedenfalls prima vista, daß eine Partei eine solche Bindung des Gerichts auch durch eine einseitige Erklärung im Prozeß gem. § 288 erreichen kann.

3 vgl. Schiedermaier, S. 120; Stein-Jonas-Pohle § 138 Anm. III; Brüggemann, S. 405 Anm. 1022; Baumgärtel, S. 257

F Teilbarkeit und Zusätze

Die Teilbarkeit und der Umfang eines Geständnisses sind in § 289 geregelt.¹ Zu unterscheiden ist hier im Hinblick auf die Beweislast zwischen den beiden Erscheinungsarten des qualifizierten Geständnisses. Wird das Geständnis einer Tatsache mit der Behauptung anderer Tatsachen verbunden, die die mit dem Geständnis begründete Rechtswirkung beseitigen, so trifft den Gestehenden dafür die Beweislast. Dagegen obliegt dem Behauptenden weiterhin die Beweislast, wenn der Gestehende nur einzelne Tatbestandsmarkmale einer Rechtsnorm zugesteht, den Gesamttatbestand aber bestreitet (motiviertes Leugnen).

II Rechtsfolgen

Das Geständnis hat eine doppelte Bindungswirkung:

A Bindung des Gerichts

Das Gericht hat die zugestandene Tatsache, die nach § 288 Abs. 1 keines Beweises mehr bedarf, ohne Wahrheitsprüfung dem Urteil zugrunde zu legen. Ob diese Bindungswirkung auch bei einer Klageänderung (Einführung eines neuen Klagegrundes) erhalten bleibt, ist umstritten.² Sie ist jedenfalls aufhebbar im

1 Zur Aufnahme der Teilbarkeit des Geständnisses in die DCPO 1877 entgegen Art. 1356 des Code civil vgl. Hahn (Motive), S. 278f. Durch § 289 Abs. 1 sollte die französische Lehre von der Unteilbarkeit des Geständnisses beseitigt werden (Rosenberg: Zum Entwurf einer Zivilprozeßordnung, S. 323). Zur Kritik Schmidts (Geständnis), die Vorschrift des § 289 sei überflüssig und irreführend, ungeeignet, die anstehenden Probleme zu lösen und insbesondere mit der die ZPO heute beherrschenden Prozeßauffassung unvereinbar (S. 135ff), vgl. die ablehnende Stellungnahme zum Ansatz Schmidts unter § 6 III A 2 c dieser Untersuchung.

2 dagegen: BGH in VersR 1962, S. 1002 (1003) unter Berufung auf die von Stein-Jonas-Pohle-Schumann/Leipold (§ 288 Anm. I 2) vertretene Wollenstheorie, wenn die erklärende Partei sich bei Abgabe des

Falle der gewillkürten Parteiänderung.¹ Das Geständnis entfaltet eine Sperrwirkung bei Zweifeln an der Wahrheit dahin, daß dem Gericht eine Würdigung gem. § 286 untersagt ist.² Bei einem der objektiven Sachlage nicht entsprechenden Geständnis soll das Gericht zwar nach überwiegender Ansicht gem. § 139 den Parteien seine Bedenken mitteilen, nicht jedoch durch eine Beweisaufnahme den wahren Sachverhalt ermitteln können.³

Diese Dispositionsbefugnis ist nach herrschender Meinung Folge des Verhandlungsgrundsatzes in der ZPO.⁴ Ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ist nach dieser Ansicht nicht ersichtlich, da es sich bei der Wahrheitspflicht lediglich um einen im Gesetz geregelten Fall des allgemeinen Arglistverbots

Geständnisses dem neuen Klagegrund noch nicht gegenüber sah; dafür: Grunsky §§ 13 II 2 b, 20 I unter Hinweis auf den Vereinfachungseffekt einer Klageänderung. Der Bindungswirkung steht entgegen - und zwar bereits unabhängig von einem Verstoß gegen Art. 103 GG: Die Klageänderung gegen den Willen des gestehenden Beklagten wird nur als sachdienlich zugelassen, "wenn so der Streit endgültig beseitigt und ein neuer Prozeß vermieden wird" (Grunsky a.a.O.). Dieser Vorteil für den Kläger darf nicht einhergehen mit dem Nachteil der Bindung des Beklagten an sein vormaliges z.B. aus Zweckmäßigkeitsgründen abgegebenes Geständnis, an das er in einem neuen Prozeß nicht gebunden wäre.

1 vgl. Rosenberg ZZP 70, 1 (5ff) im Anschluß an de Boor (Parteiwechsel), S. 106

2 vgl. BGH NJW 1976, S. 1145
Widerruft eine Partei eine ihr günstige und zugestandene Tatsache, die sie vorher behauptet hat, so entfällt zwar diese Sperrwirkung des Geständnisses (vgl. BGHZ 37, 154). Es greifen dann jedoch die für das vorweggenommene Geständnis geltenden Regeln ein (vgl. § 1 I B dieser Untersuchung).

3 vgl. z.B. Blomeyer § 68 Anm. IV; a.A. Wieczorek § 288 Anm. A I b 2 gegen BGH VersR 1970, S. 826; Bernhardt § 33 Anm. II 1

4 vgl. u.a. Grunsky § 18 II, § 20 I

handelt¹ und zudem nur die Unwahrheit zugunsten der Partei verboten ist.²

B Bindung der gestehenden Partei

Die gestehende Partei ist an ihr Geständnis gebunden, sobald sich dieses mit einer korrespondierenden Erklärung des Gegners deckt.³ Diese Bindungswirkung gilt auch für die Berufungsinstanz (§ 532).

Der Widerruf eines Geständnisses ist nur möglich, wenn der Gegner zustimmt oder die gestehende Partei den Nachweis führt, daß das Geständnis unrichtig ist und durch einen Irrtum veranlaßt wurde.⁴ Ein solcher Irrtumsnachweis kann nur gelingen, wenn scheinbare äußere Tatsachen glaubhaft gemacht werden, die die Ursache des Irrtums und des durch diesen hervorgerufenen unrichtigen Geständnisses erläutern.⁵ Daneben kann das Geständnis gem. § 580 Ziff. 4 widerrufen werden, wenn es auf einer strafbaren Handlung des eigenen Vertreters oder des Gegners oder dessen Vertreters beruht.⁶ Als Prozeßhandlung unterliegt das Geständnis jedoch nicht der Anfechtung wegen eines Willensmangels.⁷

1 Grunsky § 19 IV

2 so Stein-Jonas-Pohle § 138 Bem. I 1 d; Henckel, S. 146f

3 vgl. Wieczorek § 288 A

4 vgl. BGHZ 37, 154; Henckel, S. 81ff;
zum Widerruf eines Geständnisses in der Berufungsinstanz durch den unselbständigen Streitgenossen vgl. BGH JA 1976, 146 (148);
zum Widerruf eines von einem gesetzlichen oder bevollmächtigten Vertreter der Partei abgegebenen Geständnisses vgl. Rosenberg-Schwag § 117 I 1 f

5 vgl. RG JW 1902, 166 Nr. 16

6 vgl. Rosenberg-Schwab a.a.O.

7 vgl. Schwab JuS 1976, S. 69f; Henckel, S. 82f; a.A. Arens, S. 194ff, der für diese Fälle eine analoge Anwendung des § 290 bejaht (vgl. dagegen die Besprechung von Gaul AcP 172, 342ff)

Nach überwiegender Ansicht ist die gestehende Partei auch an ein bewußt unrichtiges Geständnis gebunden. Zum Teil wird dies damit begründet, daß gar kein Spannungsverhältnis zwischen den §§ 290 und 138 Abs. 1 bestehe, da das Geständnis immer uneigennützig sei, § 138 Abs. 1 aber nur die bewußte Unwahrheit im eigenen Interesse verbiete.¹ Der Bundesgerichtshof hingegen nimmt in diesen Fällen zwar einen Verstoß gegen § 138 Abs. 1 an, sieht aber in § 290 eine Sanktion für die Verletzung der Wahrheitspflicht.² Diesem Argument hat Bernhardt als Exponent der Mindermeinung mit Recht entgegengehalten, die Bestimmung des § 290 könne nicht nach Einführung der Wahrheitspflicht ohne eine vom Gesetzgeber vorgenommene Abstimmung der hergebrachten Zivilprozeßordnung auf den neuen Grundsatz der Wahrheitspflicht in eine Sanktion für die Verletzung der Wahrheitspflicht umgedeutet werden; denn die Zivilprozeßordnung kenne nicht das Festhalten einer Partei an ihrer früheren falschen Behauptung als eine Art Prozeßstrafe.³

Diese Meinungsvielfalt in den Lösungsansätzen ist die Folge der schwankenden Beurteilung der Natur des Geständnisses⁴ sowie der Verleitung, Einzelfragen des Prozeßrechts durch bloßen Hinweis auf die "Verhandlungsmaxime" zu lösen.⁵ Insbesondere

1 vgl. u.a. Münter, S. 71; Grunsky § 20 I

2 BGHZ 37, 154 (155)

3 Bernhardt JZ 1963, S. 245 (247)

4 Wenn dagegen Lent-Jauernig § 44 IV (18. Aufl.) - als einziger, soweit ersichtlich - behauptet, der Streit um die Rechtsnatur des Geständnisses habe keine praktische Bedeutung, so bleibt dazu anzumerken, daß sich Lent-Jauernig bei den Fragen der Bindung des Gerichts und der Partei lediglich mit der Wiedergabe des Streitstandes begnügt (18. Aufl., § 44 III).

5 vgl. Bülow (Geständnis), S. 242 sowie Bomsdorf, S. 283. Auf die andere Gefahr, dieses Problem vom Prozeßzweck her anzugehen, soll hier nur hingewiesen werden.

die überwiegend vertretene Meinung, das Geständnisrecht sei eine Auswirkung der Verhandlungsmaxime,¹ hat hier einen entscheidenden Einfluß ausgeübt.

III Rechtsnatur des Geständnisses - Streitstand

Das Geständnis ist unbestritten eine Prozeßhandlung.² Geht man der Frage nach dem Inhalt dieser Prozeßhandlung nach, so bietet die Rechtsprechung wie die Literatur dem Betrachter eine Vielfalt von Erklärungsmöglichkeiten. Auf der einen Seite stößt man auf Vertreter der Ansicht, das Geständnis sei eine Wissenserklärung (Wieczorek³) bzw. Wahrheitserklärung (Bülow⁴). Dem steht auf der anderen Seite die von Stein-Jonas-Pohle vertretene Ansicht gegenüber, in einem Geständnis liege eine Willenserklärung, nämlich die Erklärung des Einverständnisses damit, daß die zugestandene Tatsache ungeprüft zur Urteilsgrundlage gemacht werde.⁵

1 vgl. z.B. Nagel, S. 94; Grunsky § 18 II; BGHZ 37, 154 (155)

2 vgl. Arens, S. 196 (202)

3 § 288 Anm. A, B, B III

4 Geständnis, S. 44: "Das gerichtliche Geständnis ist die von einer Partei vor dem Prozeßgericht abgegebene Erklärung, daß eine der Partei zum Rechtsnachteil gereichende, vom Gegner behauptete Tatsache wahr ist". Vgl. auch Bernhardt JZ 1963, S. 245 (247): "eine an das Gericht gerichtete Wissenserklärung über die Wahrheit einer Tatsache"; so auch Arens, S. 195

5 Stein-Jonas-Pohle-Schumann/Leipold § 288 I 2; zu dieser vor der Jahrhundertwende noch h.M. (vgl. Wach AcP 64, 201ff) tendiert auch Grunsky, der dem Geständnis eine verfügungsähnliche Wirkung beimißt (§ 20 I). Der von Stein-Jonas-Pohle vertretene Ansicht hat sich der BGH angeschlossen für den Fall, daß das Geständnis sich auf Tatsachen erstreckt, die sich außerhalb der Wahrnehmungsmöglichkeiten der erklärenden Partei zuge tragen haben (BGH LM § 288 ZPO Nr. 3). Zu den vom RG vertretenen Ansichten vgl. § 3 II dieser Untersuchung.

Zwischen diesen beiden Polen bewegt sich die heute wohl herrschende Meinung. So ist nach der von Rosenberg-Schwab vertretenen Ansicht das Geständnis im Regelfall eine Wissenserklärung, aber auch eine Wollenserklärung mit dem Inhalt, die Behauptung des Gegners nicht bestreiten zu wollen,¹ während Nikisch ausführt, das Geständnis könne ebenso gut eine Wahrheitserklärung sein wie auch den Willen zum Ausdruck bringen, die behauptete Tatsache als wahr gelten zu lassen.²

1 Rosenberg-Schwab § 117 Anm. I 1 g; so auch Henckel, S. 81; vgl. auch die ausführliche Übersicht über den Streitstand bei Arens, S. 199ff

2 Nikisch § 67 Anm. I 6

§ 2 Grundlagen der Geständnisregelung (DCPO 1877)

I Anhaltspunkte in den Motiven

Die Motive zu den Vorschriften der §§ 288ff.¹ weisen auf drei Ausgangspunkte für eine Untersuchung hin:²

Die Vorschriften über das Geständnis schließen sich den Grundsätzen des gemeinen Rechts an.

Daneben wird behauptet, die Vorschriften folgten in der Formulierung der Württembergischen Prozeßordnung Art. 396-401 sowie dem Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund §§ 458-460, die sich ebenfalls den Grundsätzen des gemeinen Rechts angeschlossen hätten.

Weiterhin heißt es: "Leitend war der Gedanke, daß das gerichtliche Geständnis kein die Überzeugung des Richters bestimmendes Beweismittel, sondern eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht ist (vgl. Wetzell, Ed. III, S. 171; Planck, Krit. Vierteljahresschrift IV, S. 254)".³

1 a. von Inkrafttreten der DCPO bis 1. Jan. 1900:
§§ 261-263

b. im Entwurf §§ 251-253

2 Hahn (Motive), S. 278

3 Im Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung von 1872 hatte es noch geheißen: "In Übereinstimmung mit der neuesten Gesetzgebung Württembergs (§§ 396-402) ist es behufs Beseitigung der in der jetzigen Praxis bestehenden Streitfragen und im Interesse der Rechtseinheit für angemessen erachtet worden, Vorschriften über das gerichtliche Geständnis aufzunehmen. Dabei war der Gedanke leitend, daß das gerichtliche Geständnis als eine die Parteien bindende und die richterliche Kognition ausschließende Willenserklärung aufzufassen ist. Dasselbe ist daher als ein Dispositionsakt über das der Verfügungsbefugnis der Parteien unterliegende Streitobjekt nur unter der Bedingung des Nachweises der Unrichtigkeit und des Irrtums für widerruflich erklärt" (S. 317).

Soweit Petersen (S. 46) die Ansicht vertritt, daß bereits die Widerrufsregelung dem leitenden Gedanken der "Disposition entgegensteht" (Hahn, Motive, S. 278), beruht dies lediglich auf einem

Die Untersuchung wird sich zuerst auf die prima vista maßgebenden Ausführungen Wetzells und Plancks erstrecken.

II Verzichtstheorie

A Wetzell Ed. III, S. 171

Wetzell hält das gerichtliche Geständnis trotz des Unterschiedes zum Anerkenntnis "wenigstens insoweit für eine indirekte Anerkennung der jenseitigen Sachbitte, als diese durch die Wahrheit der vom Gegner in seinem Interesse behaupteten und nunmehr eingestandenem Tatsache bedingt ist". Diese These wird - für die damalige Zeit selbstverständlich¹ - auf das römische Recht gestützt. So führt Wetzell aus, dieser Standpunkt trete im römischen Recht am klarsten in solchen Entscheidungen hervor, welche von absichtlich gegen die Wahrheit abgelegten Bekenntnissen handelten und die in diese eingekleideten Dispositionen, wenn sie einem gesetzlichen Verbot widerstritten, für ebenso ungültig erklärten wie die direkten. Gerade aber das von Wetzell angeführte Paradebeispiel "Si uxor vel maritus exceptione quadam donationis causa summo veri voluerint, facta a iudice absolute valebit quidem sententia, sed condicetur ei, cui donatum est"² hält einer Prüfung nicht stand. Denn Schenkungsgeschäfte unter Ehegatten (direkte Dispositionen) sind nichtig. Hier ist aber die sogenannte Disposition durch Geständnis des Exzeptionstatbestandes seitens des klagenden Ehegatten nicht "ebenso ungültig". Der angestrebte Erfolg ist

Druckfehler (vgl. Berichtigungen Hahn, Bd. 2
1. Abtheilung, S. VII: es muß heißen "entspricht").

1 vgl. Bülow, Geständnis, S. 93

2 1.5 § 7 D. de donation. inter. vir. et ux. 24,1
(Ulp. 1.32 ad Sabin.)

vielmehr in rechtsgültiger Weise erreicht und kann nur durch den Notbehelf der *condictio ob injustam causam* wieder beseitigt werden.¹

Bei näherer Betrachtung ergibt sich zudem, daß Wetzell mit der Verzichtstheorie allein das damals geltende Geständnisrecht nicht dogmatisch erfassen kann. Denn einerseits führt er den Geständniswillen unzutreffend auf das römische Recht zurück, andererseits stellt er fest, daß ein solcher Geständniswille aber nicht ausreicht, die Unwiderruflichkeit des Geständnisses mit den Auswirkungen des späteren § 290 zu begründen; denn "formell verpflichtend - so schreibt er - wurde die *confessio in iudicio* nach dem römischen Recht erst mit dem Judikat, vorher konnte sie durch den einfachen Beweis des Gegenteils wieder rückgängig gemacht werden". Um seine These nicht in Frage stellen zu müssen, begründet er die Unwiderruflichkeit nicht mit einem Willensmoment, sondern mit dem mehrstufigen Verfahren des alten gemeinrechtlichen Prozesses, das auf jeder Stufe (Ablauf des zu dem jeweiligen Vortrage der Gegenseite gestatteten *peremptorischen Termins*²) einen formellen Abschluß erhielt. Da nun aber der Prozeß der DCPO der Stufengliederung entbehrt und einen formellen Abschluß erst mit Beendigung der Sache kennt, argumentiert Wetzell schließlich dahin, daß "die Praxis nach Analogie des gleichfalls über einzelne Tatsachen, aber auf vorgängige Frage und in *jure* stattgehabten Bekenntnisses ein jedes gerichtliches Eingeständnis nachteiliger Tatsachen als unwiderruflich ansieht".³

1 vgl. die Interpretation der Stelle durch Bülow, *Geständnis*, S. 66ff

2 vgl. Brackenhoeft *AcP* 20, S. 248 (363, 403); Linde § 186ff

3 zu dieser unzutreffenden, dem römischen Recht entnommenen Ansicht vgl. Demelius, S. 12; Bethmann-Hollweg, *Versuche*, S. 283

B Planck (Krit. Vierteljahresschrift IV, S. 254)

Diese in den Motiven ebenfalls zitierte Stelle in den Bemerkungen über den Entwurf einer Civilprozeßordnung für das Königreich Bayern von 1862 enthält keinerlei Begründungen für die Verzichtstheorie Plancks. Man kann daher nur auf sein Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts von 1887 zurückgreifen.

Hier ordnet er den Verzichtsgedanken einer größeren Gruppe von Prozeßhandlungen zu,¹ u.a. auch dem gerichtlichen Geständnis. Dieses charakterisiert er als eine Erklärung des Verzichtswillens, das Vorbringen des Angreifers nicht bestreiten zu wollen, die in der prozessualisch dafür vorgeschriebenen Form einer Prozeßhandlung dieses Rechtsstreites, in welchem der Angriff geschieht, erfolge.² Ein solcher Verzichtswille beinhalte, von dem Prozeßrecht der Verteidigung durch reine Verneinung keinen Gebrauch machen zu wollen.³

Diese Verzichtstheorie wurde zutreffend von Bülow widerlegt, indem er nachwies, daß dem Verzicht immer ein negatives Moment innewohnt, das Geständnis aber im Regelfall eine positive Erklärung darstellt.⁴

Die hiergegen vorgebrachten Äußerungen Hölders gehen an der Sache vorbei.⁵ So führt Hölder aus: "Wenn man allerdings nicht verzichten kann auf eine Fähigkeit, rechtsgültige Willenserklärungen von bestimmter Art zu vollziehen, so kann man doch vielleicht verzichten auf die Fähigkeit zur Vollziehung einer bestimmten Willenserklärung. Die Be-

1 vgl. S. 287-346

2 Planck, S. 319f

3 Planck, S. 317 (Diese Erklärung hieß in der Kunstsprache des Mittelalters meist Bekenntnis, jetzt Geständnis.)

4 Bülow, Geständnis, S. 21f und 25f

5 Hölder ZZP 28, S. 398

stätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts ist ein Verzicht auf seine Anfechtung, durch den die Fähigkeit zu dieser erlischt". Dazu bemerkt Petersen zutreffend, daß die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts nach dem Wortlaut des BGB (§ 141 Abs. 1 BGB) wie auch nach seiner logischen Bewertung keinen Verzicht darstellt, sondern die erneute Vornahme des gleichen Rechtsgeschäfts.¹

Da Planck zudem anerkennen muß, daß der Ausdruck Geständnis auch als Wissenserklärung oder Auskunftserteilung gebraucht wird mit dem Inhalt, daß ein dem Erklärenden nachteiliger Umstand wahr sei,² faßt er in seiner dogmatischen Darstellung das Geständnis lediglich als Willensakt auf³ unter Ausklammerung der ihm als Wissenserklärung oder Auskunftserteilung zukommenden Bedeutung. Für das letztere "Geständnis" gilt nach Planck die freie richterliche Beweiswürdigung.⁴

Nach dem Wortlaut der ZPO soll die Geständniswirkung jedoch bezüglich aller zugestandenen Tatsachen eintreten. Von einem Willen steht dort nichts.⁵ Ebenso fehlt eine Anweisung an den Richter zur Prüfung, ob der Gestehende nun seinen Verzichtswillen zum Ausdruck bringen oder nur die Wahrheit dartun will. Damit entfällt auch ein Rückgriff auf die Verzichtstheorie Plancks.⁶

1 Petersen, S. 22, der zudem mit Recht darauf hinweist, daß nach der Verzichtstheorie ein antizipiertes Geständnis nicht denkbar ist.

2 Planck, S. 318

3 Das Motiv für den Eintritt der gesetzlichen Wirkungen ist dabei gleichgültig (Planck a.a.O.).

4 Planck a.a.O.

5 vgl. Bülow, S. 93; die Anhänger der Verzichtstheorie verwechseln damit Tatbestand und Rechtsfolge (die bindende Kraft), da ein Verzichtswillen zwar möglich ist, aber ohne rechtliche Bedeutung bleibt (Hellwig I, S. 437).

6 Die Verzichtstheorie war schon von Anfang an umstritten (vgl. Brackenhoeft AcP 20, S. 248f). Daneben wird auf die kurze, aber exakte Kritik bei Juchems, S. 16 verwiesen.

III Grundsätze des gemeinen Rechts

A Dogmatische Grundlagen

Die in den Motiven weiterhin zitierten Grundsätze des gemeinen Rechts sind im Kern im Anschluß an die Quellen des römischen Rechts entwickelt worden.¹

1. Römisches Recht

Das klassische römische Recht unterschied ursprünglich zwischen der confessio in jure (Anerkenntnis), confessio in judicio (Tatsachengeständnis)² und der confessio auf interrogatio in jure (Geständnis im Rahmen einer Auskunftspflicht).³

a) Richterbindung

Dem römischen Judex wurden durch die confessio in judicio für seine Wahrheitsprüfung Grenzen gezogen, ohne daß er schlechthin an eine vor ihm abgegebene confessio gebunden war.⁴ Ob hierbei ein Zusammen-

1 Planck, S. 317

2 Kaser hingegen vertritt die Ansicht, der Begriff des Geständnisses habe im römischen Recht außer dem Anerkenntnis des Anspruchs auch das Geständnis von Tatsachen gedeckt. Die confessio in judicio sei nicht technisch (S. 280 Anm. 36).

3 "Geständnis vor der Obrigkeit vor der angestellten Klage auf Fragen, welche ihm derjenige, der gegen ihn klagen wollte, vorläufig zur Beantwortung vorlegen durfte, um sich über gewisse Vorbedingungen der Klage (z.B. Passivlegitimation) zur Sache Aufschluß zu verschaffen" (Bayer, 10. Aufl., S. 694); vgl. auch Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 277, 281

4 Demelius, S. 8; Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 284ff, 311; Münter, S. 4; in neuester Zeit auch Kaser, S. 281 sowie dort Anm. 37: "Eine allgemeine Regel, wonach vom Gegner zugestandene Behauptungen ohne weitere Beweise für wahr zu halten sind, haben die Römer nicht formuliert". Vgl. auch Kaser a.a.O. Anm. 38: "Das vor dem Richter abgegebene Anerkenntnis, mit dem der Beklagte das ganze Klagebegehren außer Streit stellte, haben die Römer vom Tatsachengeständnis nicht unterschieden; es führt zur Verurteilung, ohne daß sich aber dem vor dem Richter abgegebenen Anerkenntnis im Regelfall eine formgerechte Verfügung entnehmen läßt".

hang mit dem Kalumnieneid¹ gegeben war, den die Parteien vor der Verhandlung dahin schworen, daß sie bei all ihrem prozessualen Handeln gutgläubig seien, ist nicht ersichtlich.

Den Bindungsumfang der confessio in judicio begründete man in der Weise, daß man nach der Methode der Glossatoren und ältesten Prozessualisten alles, was das Corpus Juris über confessio in jure (Anerkenntnis), confessio auf interrogatio in jure und confessio in judicio enthielt, auf j e d e s gerichtliche Geständnis, auch auf das gerichtliche Eingestehen der vom Gegner behaupteten Tatsachen anwendete.² Dieser nach Ansicht von Bethmann-Hollweg unverzeihliche Fehler³ lag begründet in der angeblichen Vermischung dieser drei Institute im Justinianischen Recht, nachdem man sie noch zur Zeit des

1 Kress, S. 5; Münter, S. 3: Diesen Eid konnten die Parteien nicht durch Verzicht ausschließen, weil er "non pro commodo privatorum, sed pro omnium utilitate" eingeführt war. Zum Kalumnieneid vgl. auch von Canstein ZZP 1, S. 264

2 vgl. Demelius, S. 10 unter Hinweis auf Renaud (§ 104, S. 246), Bayer (Vorträge § 222, S. 699f) und Savigny (Syst. VII, S. 39f); zur Methode der Glossatoren vgl. Demelius, S. 13 (confessus pro judicato est); vgl. auch Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 293: "Die Glossatoren faßten den Begriff des gerichtlichen Geständnisses zu weit: jedes Geständnis einer Partei in einem Civil- oder Criminalprozeß vor dem Richter dieser Sache".

3 so Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 284. Der Fehler wird verständlich, wenn man die Umdeutung des Satzes "confessus pro judicato est" im nachklassischen Verfahren berücksichtigt. Auch das Anerkenntnis vor dem Magistrat (confessio in jure), mit dem der Beklagte die Berechtigung des Klagebegehrens zugesteht, ersetzt nicht mehr ein Urteil, sondern schafft nur ein Beweismittel, mit dem hier allerdings das Begehren des Klägers außer Streit gestellt wird und damit der Inhalt des Urteils festgestellt wird (Kaser, S. 480). Die confessio in jure nähert sich damit begrifflich dem Geständnis einzelner Tatsachen, das der Richter regelmäßig für wahr halten wird (Kaser, S. 489).

Formularprozesses getrennt hatte.¹

Die Quellen über die confessio in iudicio, die eine sichere rechtliche Beurteilung zulassen, sind sehr selten.² Nach den Untersuchungen von Brackenhoeft, Demelius und Bülow steht aber fest, daß das römische Recht auf keinen Fall den Standpunkt Wetzells und damit der Motive der DCPO vom Geständnis als Verzicht über das streitige Recht eingenommen hat.³

Demelius vertritt jedoch die Ansicht, daß es sich bei dem Geständnis im römischen Recht um einen dispositiven Akt der Partei gegenüber dem Richter in Ausübung eines Verfügungsrechts gehandelt habe. Er führt das auf den Satz zurück, der Richter müsse von der einen Partei behauptete und von der anderen Partei zugestandene Tatsachen, ohne nach ihrer materiellen Wahrheit zu forschen, seiner Sentenz zugrunde legen - eine von alters her unausgesprochene Schranke für die Freiheit der richterlichen Kognition, d.h. Recht der Parteien, über den die erhobenen Ansprüche begründenden Tatbestand frei zu verfügen.⁴

Ohne hier ausführlich auf die von Demelius dem römischen Recht entnommene These einzugehen, die Wechselbeziehung der Parteihandlung auf eine andere sei nicht eine unmittelbare, sondern eine durch den Richter vermittelte, bleibt zum einen zu vermerken, daß Demelius die Bindung des Richters speziell durch eine Disposition im gemeinrechtlichen Sinne nur behauptet und diese Bindungskonstruktion mit einem

1 vgl. Demelius, S. 10f mit weiteren Nachweisen

2 Demelius, S. 25ff; Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 259; von Canstein ZZP 1, S. 262; Bülow, Geständnis, S. 66

3 Brackenhoeft AcP 20, S. 248ff (§§ 3, 7); Demelius, S. 37off; Bülow, Geständnis, S. 66ff

4 Demelius, S. 365

allgemeinen Satz belegt, der der liberalistischen Prozeßauffassung (Verhandlungsgrundsatz als verfahrensrechtliches Pendant zur materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis¹) entnommen sein könnte.² Nach diesem Satz reichen jedoch auch gerade reine Wahrheitsaussagen ohne Dispositionswillen zur Richterbindung aus.³

Zum anderen ist die Bedeutung dieser Aussage durch die Zielstellung der Arbeit von Demelius zu relativieren. Sein Anliegen war es nicht, anhand der Quellen des römischen Rechts den Charakter des Geständnisses als Disposition anzugreifen. Dieses bejahte er konform mit dem gemeinen Recht und hielt aus diesem Blickwinkel die Bindung des Richters nur durch einen Willensakt für möglich.⁴ Seine Arbeitsthese ging dahin, daß diese Disposition aber nur den Richter, nicht die gestehende Partei binde.⁵ Die Parteienbindung sei lediglich Folge der Natur des gerichtlichen Geständnisses. Sie sei dem römischen Recht fremd, entstamme dem germanischen Recht und habe mit dem veränderten Beweissystem des romanistisch kanonistischen Prozesses ihren Grund verloren. Daß aber dem römischen Recht bereits die Auffassung des Geständnisses als dispositiver Akt überhaupt von Grund aus widerstrebt, hat schon Bülow hervorgehoben.⁶

1 vgl. Grunsky § 18 III

2 vgl. auch Wach AcP 64, S. 206f, der diese Ansicht mit Recht ablehnt: Das römische Prozeßgebilde sei kein Paradigma für moderne Rechtsgestaltung, da - S. 208 - das Amalgam zwischen römischem und germanischem Wesen sich fortentwickelt habe und somit nicht mit römischen Rechtsregeln zu meistern sei. Zu der Mittlertätigkeit des Gerichts vgl. die zutreffende Kritik bei Wach AcP 64, S. 210-215

3 so bereits von Canstein ZZP 1, S. 263

4 Demelius, S. 9

5 Demelius, S. 8, 230; vgl. auch Planck, S. 327 Anm. 37

6 Bülow, Geständnis, S. 66 Anm. 2; so auch Kaser, S. 204 selbst für die confessio in iure ("Als einen selbständigen Verfügungsakt haben die Klassiker die confessio aber noch nicht gedeutet, sondern aus der

b) Parteienbindung

Auch die Bindung der Partei an ihr Geständnis wird vom gemeinen Recht zunächst als bindende Disposition auf römisches Recht gegründet und zwar von den meisten mit dem Hinweis auf das "Eine Justinianische Geständnis", das die gleiche Wirkung wie die confessio in iure gehabt habe.¹

Die Unhaltbarkeit dieser Begründung ergibt sich bereits aus den vorhergehenden Ausführungen. Außerdem besteht kein quellenmäßiger Grund mehr, das bzgl. der confessio in iudicio des Formularverfahrens geltende Recht als nicht auch für das Tatsachengeständnis des Justinianischen Prozesses fortbestehend zu betrachten.²

Einen weiteren Gesichtspunkt aus dem subsidiär geltenden römischen Recht greift Brackenhoeft auf. Die Unwiderruflichkeit des Geständnisses führt er auf die Unabänderlichkeit der Parteiverträge zurück, wie sie im römischen Prozesse die Unabänderlichkeit der Formel und die Beendigung der Sache, nach gemeinem deutschen Prozesse der Abschluß des in dem Vertrage gestatteten peremptorischen Termins, aber auch die Beantwortung des vor Ablauf des Termins gehaltenen Vortrages herbeiführte.³

prozessualen Bindung des Richters bestenfalls materiellrechtliche Reflexwirkungen abgeleitet".); vgl. auch Endemann, S. 762, der aber ohne konkreten Nachweis die confessio in iudicio lediglich als ein der richterlichen Beurteilung unterliegendes Beweisargument betrachtet, deren Beweiswert abhängig ist von der Stufenfolge (Erfolgte das Geständnis in der Verhandlung oder z.B. lediglich zufällig als außergerichtliche Erklärung?).

1 Demelius, S. 10

2 Demelius, S. 11

3 Brackenhoeft AcP 20, S. 248 (363); ebenso: Bayer, Vorträge, S. 704; vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 266 (speziell zum Parteienvertrag, S. 274)

Diese Begründung hat sich erledigt mit dem mündlichen Prozeß der DCPO, der der Stufengliederung entbehrt und einen formalen Abschluß erst mit Beendigung der Sache kennt.¹

Neben diesen vergeblichen Versuchen der positivrechtlichen Begründung aus dem römischen Recht hebt besonders Savigny hervor, daß die parteienbindende Behandlung des Geständnisses sachlich die einzig richtige, dem juristischen Wesen dieses prozessualischen Aktes entsprechende sei. Er begründet dies damit, daß die meisten und wichtigsten Ansprüche des römischen Rechts in dieser Lehre gar nicht als positive Vorschriften, sondern vielmehr als die natürliche Entwicklung dieses Rechtsinstitutes anzusehen seien, allerdings mit einigen, nicht erheblichen rein positiven Beimischungen, die für uns nicht mehr anwendbar seien.²

Dieser Meinung liegt der Trugschluß zugrunde, daß das, was man für römisches Recht hielt, das sachlich Richtige und Natürliche war und also von der Theorie nachgewiesen werden mußte.³ Es wird sich aber im Laufe der Untersuchung herausstellen, daß diese Bindung vielmehr dem Wesen des gemeinen deutschen Prozesses, aber nicht dem des römischen Prozesses entsprach.⁴ Dieses Phänomen wurde durch das Wirken der Glossatoren verschleiert. Die Gegensätze zwischen dem römischen Prozesse und dem germanischen des frühen Mittelalters, den die Glossatoren in Geltung fanden, mußten bewirken, daß die römische Unterscheidung von der *confessio in jure* und *in judicio* in letzterem keinen Raum finden konnte.⁵

1 Demelius, S. 22f

2 Savigny, System VII, S. 40

3 vgl. Demelius, S. 13

4 vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 253

5 Demelius, S. 14

Es bleibt also festzuhalten, daß das römische Recht auch die Parteienbindungstheorie des gemeinen Rechts nicht stützt.¹

2. Germanisches Recht

Während im römischen Prozeß die Klage ihrem Wesen nach Bezeichnung des Klagerechts war, welches der Kläger geltend machen wollte, und die die Klage begründenden Tatsachen nur zur Bezeichnung der allgemeinen Natur wie der konkreten Beschaffenheit des Klagerechtes dienten,² die eigentliche Erzählung des der Klage zugrundeliegenden Hergangs erst später mündlich bei der Litiskontestation erfolgte,³ ging der germanische Prozeß kraft Gewohnheitsrecht den umgekehrten Weg.

1 so schon insbes. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 284, 301: "Wieviel Gewicht dem Widerruf der confessio in iudicio beizulegen sei, war, wie der Beweis überhaupt, ganz der Beurteilung des Iudex überlassen, daher wir in den Quellen darüber keine näheren Regeln finden".

2 Nach römischem Prozeßrecht wurde zu einer gerichtlichen Prüfung des behaupteten Rechts und der Wahrheit der ihm zugrundeliegenden Tatsachen überhaupt nur geschritten, wenn es der Beklagte wünschte, d.h., wenn er erklärte, es auf die für die richtige Erforschung des Sach- und Rechtsverhalts bestimmte Verhandlung in iudicio ankommen zu lassen. Wenn er diese Erklärung nicht abgab, genügte die ungeprüfte Rechtsbehauptung des Klägers, um die Obrigkeit zur Beihilfe der Rechtsdurchsetzung im Exekutionswege zu verpflichten (Demelius, S. 48; Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 260, 261). "Gegenstand des Rechtsstreits ist nach römischer Auffassung nicht das Unrecht des Beklagten, so daß dieser wie im germanischen Recht die erhobene Beschuldigung durch Eid oder wie sonst zurückweisen muß, sondern das Recht des Klägers, das der Beklagte bestreitet. Folglich muß der Kläger nach römischer Auffassung den Richter von der Existenz seines Rechts überzeugen" (Bethmann-Hollweg, Röm. Civilprozeß I, S. 181).

3 Bethmann-Hollweg, Röm. Civilprozeß III, S. 243f

Hier erschien die Klage "als ein Vorwurf, iniuste oder malo ordine, d.i. unser 'unrechter Weise' etwas getan beziehungsweise unterlassen zu haben oder in einem Zustand sich zu befinden, verbunden mit einem Verlangen nach Befriedigung in entsprechender Weise".¹ Es wurden Tatsachen behauptet, aus denen sich die Rechtsbehauptung ergab.

Da nun die Antwort vor Gericht - hier das Geständnis - Wort für Wort der Klage entsprechen mußte, war das Geständnis Zugabe von Tatsachen und damit des klägerischen Anspruchs. Damit entfiel die Unterscheidung zwischen Anerkennung des klägerischen Anspruches und dem Geständnis der klagebegründenden Tatsachen.² Die Richter- und Parteienbindung ergab sich aus dem Umstand, daß das germanische Bekenntnis eine vom Kläger provozierte Erklärung des Beklagten ihm gegenüber war, die dem an den Beklagten gerichteten Klageanspruch korrespondierte.³ Dieses - wie der Beweis - dem Gegner gegenüber abzugebende Bekenntnis war ein Verzicht auf die Beweisführung ohne Gegenbeweis.⁴ Es war Ausdruck des dem germanischen Recht immanenten sakralen Charakters und hatte seinen Grund in der Annahme, die Götter seien im Prozeß gegenwärtig und der Lügende setze sich somit dem Zorn der Götter aus.⁵ Der Richter sprach dann Recht darüber, nicht weil etwas so oder so gewesen sei, sondern was aufgrund der Erklärungen der Parteien rechtens zwischen ihnen sein sollte.⁶

1 Siegel, S. 117

2 ders., S. 131ff

3 Siegel, S. 136ff; Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 253: "Der Richter hegte das Gericht, die Schöffen wiesen das Recht, das Faktum wurde auf rein förmlichem Wege erstellt (Reinigungseid des Beklagten, Anerkenntnis etc.)".

4 Siegel, S. 153, 162 Anm. 1

5 Münter, S. 5f; Kress, S. 4

6 Siegel, S. 147f; zum Grund vgl. Demelius, S. 16

Auf diesen Grundsätzen bauten die Langobarden ihr Recht auf; diese Grundsätze galten ebenso für das zur Zeit der Glossatoren geltende Recht des 11. Jahrhunderts.¹ So kam es in dieser Zeit dazu, daß die Glossatoren den römischrechtlichen Satz "confessus in jure pro judicato est" im Sinne des Prozesses ihrer Zeit auffaßten und auf jedes gerichtliche Geständnis bezogen.²

3. Kanonisches Recht

Das kanonische Recht - Übergang zum gemeinen Prozeßrecht³ - wurde aus gemischten Rechtsquellen gebildet. Zum einen übten germanische Grundsätze einen - wenn auch geringen - Einfluß auf das Beweisverfahren aus. Daneben ging der "rein theoretische Versuch, die richterliche Rechts- und Wahrheitsprüfung zum allgemeinen absoluten Erfordernis der Rechtsschutzgewährung zu erheben",⁴ auf die mangelnde Trennung des Zivilrechts vom Straf- und Disziplinarrecht zurück. Das lag insbesondere in den eigentümlichen Verhältnissen der Kirche begründet, die in ihrer geistlichen Gerichtsbarkeit,⁵ hervorgegangen aus einer reinen Disziplinargewalt, natürlicherweise zur sogenannten Inquisitionsmaxime neigte. Daher überwand die Wahrheitsforschung das Prinzip des förmlichen Rechts.

Der romanistisch-kanonische Prozeß kannte das auf förmlichen Beweismitteln basierende Beweisurteil des germanischen Rechts nicht mehr; in unmittelbarer Anlehnung an das römische Verfahren sollte die

1 vgl. Demelius, S. 16

2 vgl. Demelius, S. 17 mit weiteren Nachweisen

3 zum Begriff vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 254

4 Bülow, Geständnis, S. 238

5 Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 254

Entscheidung über die Wahrheit der klagebegründenden Tatsachen allein von der Überzeugung des Richters abhängen.¹

Auf diesem Boden hielt man eine zur vollen Rechts- und Wahrheitsprüfung führende Sachverhandlung für allgemein notwendig und - infolge eines Mißverständnisses der römischen Litiskontestation - den Beklagten für verpflichtet, sich in eine solche Verhandlung durch Litiskontestationserklärung einzulassen, selbst wenn er das eingeklagte Recht nicht zu bestreiten gedachte (litiscontestatio affirmata).²

Orientierungspunkt für die Beschränkung der freien Überzeugung des Richters durch allgemeine Rechtsregeln war, was nötig sei und hinreiche, die volle Überzeugung des Richters zu begründen.³ Bezüglich des Geständnisses griff man wieder auf das römische Recht zurück. Es bestand nun an sich kein Grund mehr, das Tatsachengeständnis als formell bindenden Akt anzusehen. Dazu kam es jedoch trotzdem, da man zwar das römische Recht heranzog, aber dabei nicht von der Theorie der confessio in iudicio ausging, sondern von dem, was man für Justinianisches Recht hielt.⁴ Nur in Ehesachen beschränkte das kanonische Recht die Beweiskraft des gerichtlichen Geständnisses wegen der Gefahr der Kollusion.⁵

1 Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 255 (mit Ausnahme des Reinigungseides, welcher aber bald die Natur eines förmlichen Beweismittels verlor); Demelius, S. 17; Bülow, Geständnis, S. 238

2 siehe Demelius, S. 39ff, 48, auf den sich auch Bülow, Geständnis, S. 237 stützt; zur contradictio in adjecto vgl. Bülow, Geständnis, S. 238

3 Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 255

4 Demelius, S. 18; Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 295: angeblicher Grundsatz des römischen Rechts "confessus pro iudicato est"

5 Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 294

Die echte confessio in iure verschwand infolge der Einführung des Institutes der "Positionen"¹ immer mehr, während die Anzahl der einzelnen Tatsachengeständnisse zunahm. Der formalistisch-schriftliche Prozeß betonte nach dem Prinzip der Zweiseitigkeit die Pflicht, jeder Behauptung (positio) des Gegners eine Antwort (responsio) entgegenzustellen. Übereinstimmende Erklärungen hatten bindenden Charakter und genügten, die Überzeugung des Richters zu begründen.²

Um diesen "liquidissima probatio", "regina probationum" oder auch "relevatio probationis" genannten Beweis zu erhalten, griff man zum Mittel der Responsionspflicht, verbunden mit der poena confessi für den Fall der Nichtbeantwortung.³ So wahrte man zum einen die alte Zweiseitigkeit, wenn der Gegner auf eine positio schwieg; zum anderen erzielte man mit Hilfe dieser Fiktion die formell abschließende Wirkung der confessio.⁴

1 zur Anerkennung der Positionen im kanonischen Recht durch Gerichtsgebrauch vgl. Brackenhoeft ACP 20, S. 248, 401f

2 Hieran knüpfte man die Wirkung einer "relevatio ab onere probandi" (Schmidt, Geständnis, S. 110). In der Sache übernahm man dabei einen förmlichen Beweisgrund aus dem altgermanischen Prozeß, leitete die formell bindende Kraft des Geständnisses jedoch unzutreffend aus dem angeblichen römischen Grundsatz "confessus pro judicato est" her (vgl. Demelius, S. 18).

3 Hinzu kam, daß beide Parteien nach der Litiskontestation den Kalumnieneid leisteten ("Quod interrogatus non negabit, quod verum esse credit - al. quod scit vel credit esse verum - nec utetur scienter falsa probatione etc"), dessen wissenschaftliche Verletzung die Strafe des Meineids nach sich zog (vgl. von Canstein ZZP 1, S. 264).

4 vgl. Endemann, S. 459, 763

Das Geständnis konnte wegen Irrtums widerrufen werden. Die Widerrufsmöglichkeit entnahm das kanonische Recht dem römischen Recht¹ und verlangte zusätzlich den Beweis des Irrtums.² Dieser umfaßte den Nachweis,

- (1) daß das Zugestandene nicht wahr gewesen ist,
- (2) daß der Gestehende es für wahr gehalten hat.³

4. Gemeines Recht

a) Aufnahme des kanonischen Rechts

Dieses von so verschiedenartigen Strömungen durchflutete fremdländische Prozeßrecht fand dann Aufnahme in Deutschland und ging mit seinen Grundsätzen in das gemeine Recht über, so daß das Ziel allen Beweises die Überzeugung des Richters war.⁴ Das Geständnis blieb als förmliches Beweismittel erhalten, auch wenn man sonst die Wahrheit der anspruchsbegründenden Tatsachen - obwohl vom Gegner nicht bestritten - prüfte.⁵

1 L. 23. § 11 D. ad leg. Aquil.

2 Cap. 3. X. de conf. - Cum igitur, negotio nondum finito, nemini noceat error facti, mandamus, quatenus, si de huiusmodi potuerit errore docere, provideas, ut nullum sibi super hoc praejudicium generetur.

3 vgl. Gesterding, S. 91 (122)

4 Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 255, Bülow, Geständnis, S. 239

5 Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 256; Bülow, Geständnis, S. 239 mit Hinweis auf die Reichskammerordnung von 1555; vgl. auch § 50 des jüngsten Reichs-Abschieds von 1654 (zit. bei Hesse, S. 18): "soll ad probandum nicht zugelassen oder von den Partheien zu probieren unternommen werden, worüber die Partheien in facto nicht discrepieren oder streitig sind".

Die deutschen Prozessualisten folgten dem einmal eingeschlagenen Weg, gebunden durch die Autorität ihrer Vorgänger, und bemühten sich lediglich, die althergebrachten Theorien im einzelnen weiter auszugestalten. Ohne echtes Verständnis für die Quellen und die Natur der Sache behandelten sie das gerichtliche wie das außergerichtliche Geständnis immer mehr als ein Zeugnis, dessen Glaubwürdigkeit von dem animus confitendi abhing.¹

b) Entwicklung bis Bethmann-Hollweg

Erst die Schriftsteller gegen Ende des 18. Jahrhunderts waren wieder bestrebt, die rechtlichen Grundsätze des Geständnisses aus der Natur der Sache abzuleiten.² Dabei griff man auf etwas zurück, was damals als Attribut sämtlicher Geständnisse galt, den animus confitendi.³ Während der animus confitendi zuvor nur als "Absicht, die Wahrheit zu sagen" verstanden wurde,⁴ verbanden von Tevenar, Danz, Grollmann und Gönner mit diesem Ausdruck nun einen neuen Sinn: Die Beweiskraft und Verbindlichkeit eines Geständnisses sollte davon abhängen, ob jemand die Absicht gehabt hatte, "sich zu etwas verbindlich zu machen oder eine Schuldigkeit einzuräumen" oder "ob die Erklärung und das Geständnis aus anderen

1 vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 298: "Man ließ insbesondere von der strengen Form des gerichtlichen Geständnisses ab (Gegenwart des Gegners) und gestand dem außergerichtlichen Geständnis, wenn es in Gegenwart der anderen Partei abgelegt und wiederholt worden war, eine höhere Beweiskraft zu. Auch der Annahme des Geständnisses legte man besondere Wirkung zu".

2 Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 299

3 vgl. Gesterding, S. 100

4 vgl. Gesterding a.a.O.

Ursachen oder nur beyläufig in Geschäften mit anderen Personen geschehen".¹ Ein Geständnis im ersten Sinne (ob gerichtlich oder außergerichtlich) sollte solange einen vollen Beweis ausmachen, bis das Gegenteil erwiesen war.² Gerichtliches wie außergerichtliches Geständnis unterschieden sich nur darin, daß ersteres (vor dem zuständigen Richter abgelegt) viel leichter erwiesen werden konnte. Sämtliche Geständnisse wurden also lediglich als Beweisgrund klassifiziert.³

Diese Negation der formell bindenden Kraft des Geständnisses wäre auch nach der Unterscheidung der Wirkungskraft des gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisses durch Bethmann-Hollweg (1827) wahrscheinlich herrschende Lehre geblieben; zu der Richtung der gemeinrechtlichen Prozessualistik, auf mißverstandene römische Quellen zurückzugehen, kam jedoch noch der Gesichtspunkt der Stufengliederung des gemeinrechtlichen Prozesses, der die in dieser Materie herrschende Verwirrung noch vermehrte.⁴

1 von Tevenar, S. 76, ihm folgend Danz § 292; so auch Grollmann § 82a und Gönner § 9 ("Ein jedes Geständnis setzt die Absicht voraus, eine rechtsverbindliche Handlung vorzunehmen; diese Absicht versteht man unter dem animus confitendi")

2 Danz § 295, § 299

3 von Tevenar, S. 75, 80; zur Streitfrage, ob gegen ein gerichtliches Geständnis der Beweis des Gegenteils zulässig war oder einem gerichtlichen Geständnis die Kraft einer praesumptionis juris et de jure zukam, vgl. Danz / Tevenar ebenda.

4 vgl. Demelius, S. 19

c) Unterscheidung der Wirkungskraft des gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisses durch Bethmann-Hollweg

Erst die überzeugenden Darlegungen Bethmann-Hollwegs führten zu der Erkenntnis, daß das gerichtliche Geständnis nicht, wie früher angenommen worden war, einen bloßen Beweisgrund bildete, sondern daß ihm eine andere, bei weitem stärkere Wirkungskraft zukam: daß es des Beweises enthob und daß somit das Prozeßgericht die gerichtlich zugestandenen Behauptungen ohne Wahrheitsnachweis dem Urteil zugrunde legen mußte.¹

Wenngleich dieser Theorie aus der heutigen Sicht noch erhebliche Mängel anhafteten - zum einen die Fiktion der Annahme bei zuvorkommendem Geständnis² und daneben der Ausgangspunkt der späteren Planckschen Verzichtstheorie, daß die Partei durch das Geständnis auf die Forderung des Beweises gleichsam verzichtete³ -, vermied sie doch den Fehler der Nachfolger, aus diesem Willen die Unwiderruflichkeit des gerichtlichen Geständnisses herzuleiten.

Bethmann-Hollweg begründete die Unwiderruflichkeit ohne Heranziehen des römischen Rechts vielmehr mit der inneren Notwendigkeit des Zivilprozesses (Beweisenthebung der vormals beweispflichtigen Partei, solange nicht die geständige Partei, die durch ihr

1 Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 302ff; vgl. Motive Besonderer Theil, S. 86 des Revidirten Entwurfs einer bürgerlichen Prozeßordnung für die Preussischen Staaten 1842

2 Bülow, Geständnis, S. 204 (einer der Gründe für die Klarstellung des § 288 Abs. 2)

3 Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 311; Ansätze dazu finden sich bereits bei Gönner, Bd. II, S. 371: "Dahingebung eines Rechts, da jeder im bürgerlichen Prozesse über seine Rechte disponieren könne".

Geständnis auf die Forderung des Beweises gleichsam verzichtet hat, den Gegenbeweis geführt hat).¹

d) Dispositionstheorie in der Variante der
Verzichtstheorie

Aber gerade dieser Ansatz neben der Unterscheidung der Wirkungskraft des gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisses ging verloren, als die nachfolgenden Prozessualisten sich anschickten, die Wirkungskraft des gerichtlichen Geständnisses mit seiner "formalen Wahrheit" aus dem Parteiwillen herzuleiten.² Da lag es nun nahe, die Fiktion des lateinischen "animus confitendi" in der Gestalt des deutschen "Wirkungswillens" wieder zu beleben.³ Gemäß dieser Geständniswillenstheorie galt das

1 Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 311, 315; auf S. 301 sagt er: "Ich glaube, daß wir durch das historisch Gegebene in dieser Lehre durchaus nicht gebunden, also nur auf die Natur der Sache gewiesen sind. Das geht aus der geschichtlichen Betrachtung unseres Gegenstandes hervor. Wir haben gesehen, daß die positiven Institute des älteren römischen Rechts zwar noch in der Justinianischen Compilation erscheinen, aber ohne daß recht klar wird, welche Bedeutung sie hier haben sollen. Die ältesten Schriftsteller über das römische Recht haben sich zwar im Einzelnen ihm angeschlossen, aber im ganzen ein neues Prinzip unbewußt befolgt, welchem später immer mehr Einfluß gegeben wurde, bis es die Neuern zu dem allein herrschenden erhoben. Durch diese Richtung, welche die Theorie und Praxis nahmen, sind die positiven Bestimmungen des römischen und kanonischen Rechts für abrogiert zu halten. Die eigentliche Quelle unseres heutigen Rechts, die eigentliche Entscheidungsnorm sind also nur die Prinzipien, welche unter Voraussetzung der positiven Gestalt unseres Civilprocesses mit innerer Notwendigkeit entwickelt werden können".

2 vgl. u.a. Heffter § 225 (konventioneller Verzicht auf die Verteidigung); Bayer § 223; Savigny, S. 41; Renaud, S. 272f

3 zu dem teilweisen Nebeneinander der Fiktion des "animus confitendi" sowie des "Wirkungswillens" vgl. Bülow, Geständnis, S. 190-193

gerichtliche Geständnis als ein Dispositionsakt, eine willkürliche Verfügung der Partei über die prozessuale Wahrheit¹ und bei der Konzipierung der DCPO gar als ein Verzichtsakt.²

B Juristische Strömungen in der 2. Hälfte des
19. Jahrhunderts

Der Geständnisregelung von 1877 lag gem. den Motiven der Gedanke zugrunde, den Inhalt und die Wirkung des Geständnisses aus dem Parteiwillen herzuleiten. Dies klang allerdings im Gesetzeswortlaut allenfalls im Begriff des Irrtums bei der Widerrufsregelung an. Ein entscheidender Impuls für die Formulierung in den Motiven dürfte von dem weit verbreiteten Privatrechtsdogma der damaligen Zeit ausgegangen sein, die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts auf den Wirkungswillen, die Geschäftsabsicht der Beteiligten zurückzuführen.³ Der Wille, eine Tatsache gegen sich gelten zu lassen, sollte entscheidend sein.⁴

1 vgl. Bülow, Geständnis, S. 4, 26, 27 mit Anmerkungen;
a.A. Endemann, S. 768: "Die Bindung des Gerichts hat ihren Grund nicht in der besonderen Bedeutung des Geständnisses, sondern in dem formellen Wesen des Prozesses, vermöge dessen jede Partei an ihre formellen Erklärungen gebunden ist, nicht aber in der inneren Glaubwürdigkeit. Ob man die Ursache in dem Verzicht der Partei auf Beweis (wohl richtiger Leugnen) oder in der prozessualischen Übereinstimmung sucht, bleibt sich ziemlich gleich".

Für die erstere Meinung verweist er auf Wetzell, für die zweite auf Renaud, S. 272f, der ausführt: "Die die formelle Wahrheit begründende prozessuale Übereinstimmung der Parteien macht die eingeräumte Tatsache zu einer unstreitigen und entzieht sie so der richterlichen Kognition".

2 vgl. Hahn, Motive, S. 110

3 vgl. Bülow, Geständnis, S. 3

4 vgl. Bernhardt JZ 1963, S. 246

Eine von Savigny¹ entwickelte und von Windscheidt² verteidigte Grundanschauung der Privatrechtswissenschaft, die auch die Zivilprozeßrechtswissenschaft in ihren Bann zog,³ ging dahin, daß die Rechtsfolgen der Rechtsgeschäfte das Erzeugnis einer auf Herbeiführung eines solchen Erfolges gerichteten Absicht der Beteiligten seien.⁴

Diese Willenserklärungstheorie ging einher mit dem zwischenzeitlich gewandelten Verhältnis des einzelnen zur Gemeinschaft und zum Staat. Während die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten noch dem Ideal des autoritären, auf das Wohl seiner Bürger bedachten Polizeistaates entsprach⁵ (dem entsprach der Gedanke, das Gericht müsse trotz der Wiederzulassung der Advokaten zur Fällung wahrer Urteile die Gewalt haben, die Bewandnis der Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln⁶), blieb in der Hochblüte des Liberalismus die Prozeßführung der Herrschaft der Parteien überlassen. Die Aufgabe des Richters erschöpfte sich darin, die Entscheidung zu fällen⁷ (da mihi facta, dabo tibi jus).

1 Savigny III § 134ff

2 Windscheidt, S. 167

3 Juchems, S. 16: "...daß die hohe Entwicklung des rezipierten römischen Privatrechts von vornherein die Gedankenwelt der Juristen gefangennahm und ihre Einstellung auch für anders geartete Materien in privatrechtliche Bahnen drängte".

4 zu dieser Ansicht vgl. heute Flume, Allgemeiner Teil 2. Band § 4 Ziff. 6

5 vgl. Nikisch, S. 18

6 vgl. Bomsdorf, S. 90 sowie zum Corpus Juris Fridericianum S. 81

7 Nikisch, S. 18, 20; zur Überbetonung des Individuums zu Lasten seiner Sozialgebundenheit sowie zum Gedanken des Prozeßkrieges und dem freien Spiel der Kräfte, von dem man sich eine Förderung des Allgemeinwohls versprach, vgl. Rietzsch, S. 10; von Hippel, S. 433f; Münter, S. 7; Volkmar JW 1933, S. 2428; Kress, S. 9f; vgl. auch die Bemerkung Bülow's, der Zivilprozeß sei für Leute geschrieben, die auf der Hut seien (jus civile vigilantibus scriptum est) in: AcP 62, S. 88.

Ob dies ausschließlich eine Folge des Liberalismus war, bedarf eingehenderer Erörterung, als sie hier möglich ist.¹ Seit den Studien von Nörr zum Naturrecht und Zivilprozeß (1976) und dem Hinweis auf die von Gönner erfundenen Prozeßmaximen (Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime) besteht jedoch Anlaß, daran zu zweifeln. Bereits 1801, d.h. gegen Ende der Periode des Naturrechts im Zivilprozeß, war nach Gönner ein Verfahren von der Verhandlungsmaxime geprägt, wenn jeder Bürger in allen Teilen des Verfahrens mit seinen Rechten nach freier Willkür zu schalten befugt war.²

Dem Geständnis fehlt aber gerade die Eigenschaft eines Rechtsgeschäfts. Rechtsgeschäfte sind Solenserklärungen. Der Hinweis auf einen solchen angestrebten Erfolg erscheint bei der Geständniserklärung nur im Ausnahmefall. Sie enthält im Regelfall lediglich die Erklärung, daß etwas in einer bestimmten Weise geschehen oder beschaffen ist.³ Mit dem Ausnahmefall des bewußt unwahren Geständnisses allein aber läßt sich die Rechtsgeschäftseigenschaft eines Geständnisses nicht begründen.

C Ergebnis

Weder die Verzichtstheorie noch die den Grundsätzen des gemeinen Rechts zu entnehmende allgemeine Geständniswillenstheorie vermögen das Begriffs- und Wirkungsfeld des gerichtlichen Geständnisses abschließend dogmatisch transparent zu machen. Die Mängel der Willenstheorie zeigen sich insbesondere bei der Einordnung der reinen Wahrheitserklärungen,

1 vgl. Bomsdorf, S. 243 Anm. 9; vgl. auch Grunsky § 18 III

2 Nörr, S. 45f; Gönner, Handbuch I Abh. VIII § 4

3 vgl. Bülow, Geständnis, S. 108

der fehlenden Begründung für den nach diesen Theorien an sich überflüssigen, aber trotzdem geforderten Nachweis der Unwahrheit beim Widerruf sowie beim antizipierten Geständnis, dessen Wirkung nach diesen Theorien allein vom Willen des Gestehenden, nicht jedoch der korrespondierenden Erklärung des Gegners abhängen dürfte.

IV Entstehungsgeschichte des Geständniswortlauts

Ausgangspunkt der weiteren Untersuchung ist der Satz in den Motiven: "Diese Vorschriften - sc. des Geständnisses - schließen sich den Grundsätzen des gemeinen Rechts an, welche auch von der württembergischen Prozeßordnung Art. 395 - 401 und von dem Norddeutschen Entwurf §§ 458 - 460 adoptiert worden sind".¹ Dieser Satz verleitet zum voreiligen Schluß, daß diese Prozeßordnungen, denen die Geständnisregelung der ZPO im Wortlaut annähernd entnommen ist, den Grundsätzen des gemeinen Rechts folgten. Also begnügten sich nahezu alle Autoren des 19. Jahrhunderts mit der Darstellung des gemeinen Rechts, um dann letztlich die Verzichtstheorie zu übernehmen oder abzulehnen.²

A Die in den Motiven erwähnten "Vorbilder"

1. Die Civilprozeß-Ordnung für das Königreich Württemberg 1868

Die für diese Untersuchung maßgebenden Art. 397 und 400 lauten:

1 Hahn, Motive, S. 278

2 einzige Ausnahme - soweit ersichtlich - Hegler, S. 289, sowie von Canstein ZZP 1, S. 337, unter Hinweis auf Endemann. Von Canstein hält interessanterweise trotz der Versicherung der Motive, sich den Grundsätzen des gemeinen Rechts anzuschließen, einen Rückgriff auf §§ 27 a und 88 b I 10 der AGO für möglich, ohne aber diesen Gedanken weiter zu verfolgen (S. 338 Anm. 17).

Art. 397

Das Geständnis einer Thatsache, welches eine Partei (vgl. Art. 85, 125, 130) in einer mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits abgelegt hat, überhebt den Gegner des Beweises dieser Thatsache.

Art. 400

Der Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses ist, soweit nicht der Art. 197 zur Anwendung kommt, nur im Falle eines thatsächlichen entschuldbaren Irrthums und nur im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig (Art. 291).

Eine Ähnlichkeit mit der Geständnisregelung der ZPO ist weder im Wortlaut noch im Aufbau festzustellen. Diese Regelungen beruhen zutreffend auf den Grundsätzen des gemeinen Rechts. Denn hier gilt das Geständnis als ein "Akt erlaubter Disposition von Seiten einer Prozeßpartei über einen Prozeßgegenstand".¹ Dies verdeutlicht auch die Widerrufsregelung, wonach ein gerichtliches Geständnis nur durch einen Irrtumsnachweis zu beseitigen ist.

2. Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund 1869

Der Gesetzgeber der DCPO hat die Geständnisvorschriften vielmehr fast wörtlich dem Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund entnommen:

§ 458

"Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Pro-

¹ Commissionsbericht, S. 253, enthalten in der Civilprozeß-Ordnung für das Königreich Württemberg

tokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind (gerichtliches Geständnis). Zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist die Anwesenheit der anderen Partei und die Annahme von Seiten derselben nicht erforderlich".

§ 460

"Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses keinen Einfluß. Wenn¹ die widerrufende Partei beweist, daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrthum veranlaßt sei, so verliert das Geständnis seine Wirksamkeit".

Vergleicht man diese Vorschriften mit der heutigen Fassung der ZPO, so fehlt dem § 458 des Entwurfs im Vergleich zum heutigen § 288 nur der - selbstverständliche - Zusatz "Im Laufe des Rechtsstreits". Daneben enthält der 2. Absatz noch die für das folgende Geständnisrecht überholte Klarstellung bzgl. der "Anwesenheit der anderen Partei".

Zwischen § 460 des Entwurfs und dem heutigen § 290 besteht sinngemäß kein Unterschied. Der Wortlaut des § 290 ist nur stilistisch verändert worden.

B Entstehungsgeschichte des Norddeutschen Entwurfs

1. Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten 1793

Den Protokollen zum Norddeutschen Entwurf ist zu entnehmen, daß die Verfasser des Entwurfs das Geständnisrecht gem. dem gemeinen Recht zu konzipieren gedachten.² Gleichwohl brachte man den Dispo-

1 Die Anlage zum Protokoll der CCXXIII. bis CCXXIX. Sitzung enthält hier noch das Wörtchen "jedoch" (§ 435, S. 1400).

2 zitiert nach Hegler, S. 289; die Protokolle (5 Bände, 2377 Quartseiten) - bei Decker gedruckt - sind nicht im Buchhandel erschienen (Stein-Jonas-Pohle, vor § 1 Einleitung H III Fn. 5).

sitionsge~~de~~anken nicht expressis verbis zum Ausdruck. Dieser sollte lediglich beim Widerruf eines Geständnisses im Regelungstext anklingen, indem man nur den Beweis für erforderlich hielt, daß das Geständnis durch einen Irrtum veranlaßt sei. Auf Anregung des Referenten nahm man gemäß der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung von 1793 zudem den Nachweis der Unrichtigkeit der zugestandenen Tatsache auf. In dieser modifizierten gemeinrechtlichen Fassung sollte der Irrtumsnachweis die Bindung der gestehenden Partei beseitigen und der Nachweis der Unwahrheit als Gegenbeweis hinzutreten. Nicht ein Irrtum allein sollte dem Gestehenden den Widerruf ermöglichen; das Geständnis mußte vielmehr auch unzutreffend gewesen sein.

Man verkannte zwar nicht, daß dieser Nachweis zu-
meist im Irrtumsbeweis bereits enthalten ist. Gleich-
wohl sollte die Widerrufsmöglichkeit auf objektiv
unrichtige Geständnisse begrenzt werden. Daraus er-
gibt sich zwingend, "daß man in dem veranlassenden
Irrtum nicht den Irrtum über die Tatsache selbst
erblickte; sonst hätte man nicht davon reden können,
der Irrtumsnachweis mache nicht immer den Nachweis
der Unrichtigkeit der zugestandenen Tatsache not-
wendig".¹ Ferner oblag dem Gestehenden beim Wider-
ruf eines Geständnisses danach nicht nur der nach
dem gemeinen Recht erforderliche Nachweis des das
Geständnis veranlassenden Irrtums.² Der Widerrufende
mußte zusätzlich auch den "Gegenbeweis" der Unrich-

1 Hegler, S. 289 Anm. 2; a.A., aber gegen den klaren Wortlaut der Norddeutschen Protokolle Walsmann AcP 102, 1 (53f): "Irrtum in Bezug auf die Wahrheit der zugestandenen Behauptung"

2 Das richtig verstandene gemeine Recht verlangte nicht den Nachweis der Unwahrheit oder des einfachen Irrtums, sondern einen entschuldbaren Irrtum, da das Geständnis eine Disposition beinhaltete (Planck I, S. 330 Anm. 47 mit weiteren Nachweisen).

tigkeit der zugestandenen Tatsache führen.¹

Mit der Anlehnung der Widerrufsregelung an die preußische AGO (I 10 § 27 a)² löste sich der Gesetzgeber von 1869 vordergründig zwar nur insoweit von der gemeinrechtlichen Lehre, als er entsprechend der AGO das Schwergewicht der Widerrufsregelung auf den Nachweis der Unwahrheit des Geständnisses legte. Unter Berücksichtigung der bereits dargelegten Schwächen der gemeinrechtlichen Geständniswillenstheorie - insbesondere bei der so schwer einzuordnenden Widerrufsregelung des Norddeutschen Entwurfs sowie der ZPO³ - bietet sich jedoch für die Interpretation des Regelungsmechanismus des Geständnisses der Rückgriff auf die Grundfassung der AGO von 1793 förmlich an, zumal auch die Bestimmung über die Bindung des Gerichts in der AGO im Kern mit der Bestimmung des § 288 übereinstimmt⁴ und "prima facie" davon ausgegangen werden kann, daß der preußische Gesetzgeber die eigentliche Geständnis- wie die Widerrufsregelung aus einer einheitlichen Perspektive geregelt hat.

1 vgl. Hegler a.a.O. (Äußerung des Referenten): "Alsdann empfehle es sich, um die Anfechtung auf Fälle eines wesentlichen Irrtums zu beschränken, wenn das Gesetz auch den Gegenbeweis (also gewissermaßen einen Irrtum im Gegenstande) erfordere, obschon dies unter Umständen hart sei".

2 vgl. Hegler a.a.O.

3 vgl. dazu Walsmann, der die These vertritt, der Gesetzgeber habe sich bei der Fassung des § 290 von der zweiten (sc. alten) Auffassung nicht lösen können, nach der ein Geständnis als ein die Überzeugung des Richters bindendes Beweismittel anzusehen sei, das die Vermutung der Wahrheit für sich habe (AcP 102, S. 52f).

4 Selbst wenn man der Ansicht ist, die AGO regele das Geständnis als Beweismittel (vgl. u.a. Bomsdorf, S. 93; Wittmaack AcP 88, S. 51), so bleibt das ohne Einfluß auf den dem Geständnis zugrunde liegenden Regelungsmechanismus (vgl. dazu § 2 IV B 3 a dieser Untersuchung).

Sollte sich im Laufe der weiteren Untersuchung die Arbeitsthese bestätigen, daß die Behandlung des Geständnisses durch den AGO-Gesetzgeber auf eigenständigen Überlegungen fußt, so könnte anhand einer Dogmatik des AGO-Geständnisses der Regelungsmechanismus des geltenden Geständnisrechts in seiner Urform dargestellt und seiner späteren dogmatischen Dekoration entkleidet werden.¹

Die hier in Betracht kommenden Regeln über das gerichtliche Geständnis in der AGO haben folgenden Wortlaut:

a) Bindung des Gerichts

"Wenn eine Thatsache in der Klage, oder deren Beantwortung, zugestanden worden, so bedarf es darüber keiner Beweis~~s~~aufnahme; wenn aber die Parthei ein solches Zugeständniß während des Laufes der Instruktion zurücknimmt, so hat es bei der Vorschrift des § 27 sein Bewenden" (Erster Teil Zehnter Titel § 82).

Im dritten Teil der AGO ("Von den Pflichten der bei Justiz angesetzten Personen") wird der Instruent angewiesen, eine zugestandene Tatsache wie folgt zu behandeln:

"Wenn auch bei den Instruktionen wirklich erhebliche Thatsachen vorkämen, gegen deren umständliche Entwicklung beide Theile protestiren; und es sind dieselben darin einig, daß das Faktum an sich zugestanden werde; so muß der Instruent sich damit begnügen, daß er selbiges nur allgemein, so wie

1 vgl. Hegler, S. 291 Anm. 2: "Die Berufung der Motive auf die gemeinrechtliche Lehre vom Geständnis als dispositivem Beweisverzicht und der daraus folgenden Anfechtung wegen Irrtums ist der aus dem Norddeutschen Entwurf übernommenen Bestimmung erst nachträglich als Dekoration beigelegt worden".

es von den Partheien vorgetragen und eingestanden wird, aufnehme, ohne auf die speciellen Umstände desselben genauer einzugehen.

Wenn also z.B. in einer Ehescheidungssache der klagende Ehegatte behauptet, was gestalten der beklagte Theil sich eines verdächtigen Umgangs mit andern Personen schuldig gemacht habe; der Beklagte aber soviel einräumt, daß er zu dergleichen Verdachte wirklich Anlaß gegeben; so darf der Instruent den speciellen Umständen, mit wem, und wie weit solcher Umgang getrieben worden, u.s.w.¹ nicht weiter nachforschen; es wäre denn, daß der eine Theil auf die gesetzlichen Strafen der Ehescheidung antrüge, der andere sich derselben nicht schuldig geben wollte; und daher, um zu beurtheilen, in wie fern diese Strafen wirklich Anwendung finden, unumgänglich nothwendig wäre, die Gründe der Ehescheidung genauer und umständlicher auseinander zu setzen"² (Dritter Teil Dritter Titel § 27).

b) Widerrufsregelung

"Wenn bei der Vernehmung der Partheien eine derselben ein in den bisherigen Protokollen enthaltenes Geständniß widerruft oder sonst einen zur Sache gehörigen Umstand anders, als er dort vorgetragen ist, angiebt; so muß der Instruent sich dabei nicht schlechterdings beruhigen, sondern die Parthei an-

1 In dem diesbezüglich nach denselben Grundzügen verfaßten preußischen Corpus Juris Fridericianum (CIF) von 1781 war an dieser Stelle noch der Zusatz enthalten "ex officio". Das CIF unterscheidet sich von der AGO im wesentlichen durch den Haß gegen die Advokatur, der von der nequitia advocatorum (Nichtsnützigkeit der Sachwalter) herrührt (vgl. Wellmann, S. 7f); im übrigen vgl. Bomsdorf, S. 85.

2 Diese Konventionalscheidung im Rahmen der sogenannten Untersuchungsmaxime der AGO zeigt die Sinnlosigkeit des Maximendenkens auf (vgl. Bomsdorf, S. 94).

halten, wahrscheinliche Gründe, wodurch sie zu dem jetzt zurückgenommenen Geständnisse, oder zu der für irrig ausgegebenen Erklärung bewogen worden,¹ anzuführen, auch nothigen Falls zu bescheinigen; ingleichen Mittel an die Hand geben, wodurch die wahre Bewandtniß einer solchen Thatsache ins Licht gesetzt werden könne. Sodann muß mit der weiteren Instruktion verfahren werden; und es bleibt der künftigen Bestimmung des Haupterkenntnisses überlassen: in wie fern der Widerruf Statt habe, oder die Parthei an ihr voriges Geständniß dennoch gebunden bleibe, und wegen des ungegründeten, oder gar aus Chikane versuchten Widerrufs zu bestrafen sey.

Ein Widerruf, der erst nach erfolgter Regulierung des Status causae et controversiae geschieht, verdient in der Regel für diese Instanz keine Rücksicht mehr; sondern der Widerrufende muß, wenn das Erkenntniß zu seinem Nachtheil ausfällt, den begangenen Irrthum und die wahre Bewandtniß der Sache in der folgenden Instanz weiter ausführen.² Wenn jedoch eine Parthei, bei der Anbringung des Widerrufs, die wahre Bewandtniß der Sache deutlich und vollständig anzeigt und sowohl diese Anzeige als den Umstand, wodurch sie zu dem vorgefallenen Irrthume verleitet worden, sogleich bescheinigt; so soll ein so beschaffener Widerruf, wenn er auch erst im Termine zum Schlusse der Sache angebracht würde, noch aufgenommen, der Gegentheil zur Erklärung und Einlassung darüber angehalten, und es

1 Unterstreichungen vom Verfasser

2 Der Gesetzgeber hat sich hier auf die Regelung des Normalfalles beschränkt, daß der Widerruf auf einen Irrtum des Gestehenden zurückzuführen ist. Der gem. Teil 1, 10. Titel § 27 a mögliche Widerruf eines bewußt unwahren Geständnisses wird erst durch die im Teil 1, 23. Titel § 52 Ziff. 3 ausgesprochenen Strafen ausgeschlossen (vgl. die folgende Darstellung unter 3 a).

der Beurtheilung des erkennenden Richters überlassen werden: in wie fern der Widerruf für hinlänglich begründet zu achten sey und was daraus in Ansehung der Hauptsache folge" (Erster Teil Zehnter Titel § 27 a).

2. Corpus Juris Fridericianum 1781

Diese Regelungen der AGO gehen zurück auf das diesbezüglich nach denselben Grundzügen verfaßte preußische Corpus Juris Fridericianum (CIF) von 1781.

a) Bindung des Gerichts

Wenngleich hier eine ausdrückliche, mit § 82 AGO vergleichbare Geständnisregelung fehlt, geht doch aus mehreren Einzelbestimmungen (insbesondere II 3 § 39) hervor, daß es bei einem gerichtlichen Geständnis keiner Beweisaufnahme mehr bedurfte und das Gericht an das Vorbringen der Partei gebunden war:

3. Teil 3. Titel § 39

"Wenn auch bey den Instruktionen wirklich relevante Facta vorkämen, gegen deren umständliche Entwicklung beyde Theile protestieren; und es sind dieselben darin einig, daß das Factum an sich zugestanden werde; so muß der Instruent sich damit begnügen, daß er solches nur generaliter, so wie es von den Partheyen vorgetragen und eingestanden wird, aufnehme, ohne auf die speciellen Umstände desselben genauer einzugehen".

b) Widerrufsregelung

1. Teil 10. Titel § 8

"Der Deputatus Collegii muß für allen Dingen beyden Theilen die in den Akten bisher vorgetra-

gene Speciem Facti nochmals vorhalten; und sie befragen: ob solche durchgehends sowohl nach ihrer Intention und Meinung aufgenommen als das Factum darum richtig, dem wirklichen Hergange, und ihrer besten Wissenschaft davon gemäß, erzählt worden; wobey sie an ihre Pflicht, vor Gericht die Wahrheit zu reden, und an die gesetzlichen Strafen des muthwilligen und frevelhaften Leugnens, nochmals ernstlich zu erinnern sind".

§ 9

"Sollte bey dieser Gelegenheit eine Parthey irgend ein in den bisherigen Protokollen enthaltenes Zugeständniß widerrufen, oder sonst einen zur Sache gehörigen Umstand anders, als er dort vorgetragen ist, angeben wollen; so muß der Deputatus Collegii sich dabey nicht schlechterdings beruhigen; sondern die Parthey anhalten: wahrscheinliche Gründe, wodurch sie zu dem jetzt zurückgenommenen Geständnisse, oder der für irrig ausgegebenen Erzählung verleitet worden, anzuführen, auch nöthigenfalls zu bescheinigen; ingleichen Mittel zu suppeditieren, wodurch die angebliche wahre Bewandniß eines solchen Facti dargethan werden könne. Sodenn muß mit der weiteren Untersuchung verfahren, in wie fern aber der Widerruf statt habe, oder die Parthey an ihr vormaliges Geständnis demohngeachtet gebunden, und wegen des ungegründeten oder gar aus Chikane sich angemaßten Widerrufs zu bestrafen sey, der Bestimmung des künftigen Haupterkenntnisses überlassen werden".

c) Eigenständige Behandlung des Geständnisses durch den preußischen Gesetzgeber

Ein Vergleich der Regelung des CFJ mit dem vorhergehenden Projekt des Codis Fridericiani Marchici (CFM) von 1748, bei dem wie auch bei ande-

ren partikularen Regelungen¹ der Nachweis der Wahrheit bei der Widerrufsregelung fehlt, verdeutlicht die eigenständige Leistung des preußischen Gesetzgebers von 1781. Im CFM Dritter Teil Titel XII § 12 hatte es noch geheißen: "Es soll aber die etwa aus Irrtum in einer eigenen oder fremden Sache selbst, oder in deren wichtigen Umständen geschehene Confession, wann selbige gleich endlich demjenigen so solche gethan, keineswegs nachtheilig seyn; jedoch muß solcher Irrthum deutlich angezeigt und beweislich ausgeführt, auch dieses, nach ausgesprochenen Urtheil, in der Appelationsinstanz bewerckstelligt werden".

Die hier bereits in dem Begriff "etwa" anklingende Bandbreite der Widerrufsgründe, die sachgemäß im Interesse einer ökonomischen Prozeßführung durch Sanktionen bei Verletzung der Wahrheitspflicht im Dritten Teil Titel XI ergänzt worden war, genügte dem Gesetzgeber des CFI und der AGO nicht mehr, als er sich 1780 zur Justiz- und Gesetzesreform im Geiste der Aufklärung anschickte. Neben der Vereinfachung der Gesetze legte Friedrich der Große Wert auf eine vollkommene und lückenlose Regelung "damit kein Richter, Collegium oder Etats Minister Unsere Gesetze zu interpretiren, auszudehnen oder einzuschränken, viel weniger neue Gesetze zu geben, sich einfallen lasse".²

Das damit grundlegend neu zu fassende Verständnis von Richtermacht und Parteiherrschaft³ findet

1 zu der bayrischen Regelung vgl. Schöll, S. 175; zu der Allgemeinen Gerichtsordnung für Böhmen, Mähren, Schlesien und Österreich vgl. die Anmerkungen von Mayrhofer, S. 182

2 vgl. Conrad, S. 14 sowie die Allerhöchste Cabinets-Ordre die Verbesserung des Justizwesens betreffend vom 14. April 1780, abgedruckt bei Conrad, S. 14f

3 zur Richtermacht, die Wahrheit von Amts wegen zu ermitteln, als aus der Natur der Sache hergeleitetes Prinzip der AGO und zum Zusammenhang mit dem Ausschluß der Advokaten vgl. Bomsdorf, S. 89f

insbesondere in den im folgenden Abschnitt angesprochenen Anweisungen an den Instruenten mit dem Ziel, den wahren Zusammenhang zu eruieren, seinen Ausdruck.

3. Analyse der AGO-Geständnisregelung

a) Das AGO-Geständnis - ein formales Beweismittel?

Nach Ansicht Bomsdorfs regelt die AGO das Geständnis als "echtes Beweismittel".¹ Für diese Meinung

¹ Bomsdorf, S. 93; so auch ohne nähere Begründung Wittmaack ACP 88, 51; so wohl auch Leue: "Die Instruktion soll dem Richter Überzeugung von der Wahrheit einer Thatsache gewähren, und die Übereinstimmung der Partheien ist das sicherste Mittel dazu" (S. 55). Im folgenden schränkt er diese Aussage jedoch sogleich ein: "Aus einem beschränkteren Gesichtspunkte angesehen und wenn man dem Theile der Instruktion gegenüber, welcher die Beweisführung ausmacht, das Geständnis betrachtet, kann es nicht als Beweismittel gelten. Denn der Beweis geht nur auf die streitigen Umstände; was aber schon zugestanden ist, das ist nicht mehr streitig und bedarf keines Beweises mehr. Das Geständnis als Erklärung einer Parthei in diesem Prozesse kann dann nicht mehr als Mittel zum Beweise angesehen,... (a.a.O.). Vgl. auch Motive Besonderer Theil, S. 77, 86f des Revidirten Entwurfs der bürgerlichen Prozeßordnung für die Preußischen Staaten von 1842; ferner aber auch Savigny VII Band, S. 46: "Sehr merkwürdig ist die Art, in welcher die preußische Prozeßgesetzgebung diesen Gegenstand - sc. Geständnis - behandelt. Allerdings folgt sie im Allgemeinen den herrschenden Ansichten der Schriftsteller des gemeinen Rechts, welche beide Arten des Geständnisses als reine Beweismittel und als Arten desselben Gattungsbegriffes behandeln. Aber die Behandlung im Einzelnen nähert sich auf merkwürdige Weise der richtigen Auffassung des Römischen Rechts".

Die Ausführungen Bomsdorfs selbst lassen keine sicheren Rückschlüsse auf die Natur des AGO-Geständnisses zu, da Bomsdorf der Klassifizierung Nagels folgt (S. 93). Da Nagel die Erklärung einer Partei bei der Parteivernehmung als Beweismittel im doppelten Sinne ansieht ("...je nachdem, ob man von dem Träger der Anschauung oder Überlieferung - also der Partei - oder der Aussage, die auf die Sinne der Richter wirkt, ausgeht" S. 93), kann er auch das Geständnis der

spricht augenscheinlich die Überschrift der Geständnisregelung: "Vom Beweise durch Zugeständniß". Dieser formale Gesichtspunkt¹ zeigt aber lediglich noch ein Relikt der gemeinrechtlichen Beweistheorie auf. Dort galt das Geständnis als die "Königin der Beweise".² Daher ist es nur allzu verständlich, daß das Geständnis bei den Beweismitteln geregelt ist.

Um der Gefahr zu entgehen, infolge "erkenntnisleitender Interessen" die heutige Terminologie hier voreilig auf das AGO-Geständnis zu übertragen, bedürfen die Geständniserklärung, die damit verbundene Wirkung und die Widerrufsregelung der AGO einer genauen Untersuchung.

Da es im III. Teil Titel 3 § 27 AGO lediglich heißt: "... und es sind sich dieselben - sc. Parteien - darin einig, daß ein Faktum an sich zugestanden werde ...", läßt sich die Beschaffenheit der Geständniserklärung daher nur aus dem Zusammenhang der AGO ermitteln:

I 10 § 1

"Die Bestimmung des Instruktionstermins ist:

- 1) daß in selbigem die Parteien über die bei dem Prozesse vorkommenden Thatsachen noch näher gegeneinander vernommen, und, so weit es möglich ist, darüber vereinigt; ...
- 2) ...
- 3) daß die streitig gebliebenen erheblichen Thatsachen durch Aufnehmung der darüber vorhandenen Beweismittel möglichst ins Licht gesetzt";

ZPO - weil Parteierklärung - als Beweismittel einordnen (Nagel, S. 94 gegen die dort zitierte h.M., nach der das Geständnis kein Beweismittel sei, weil es keinen Beweis erbringe, sondern ihn erspare).

1 auf den besonders Leue abstellt (S. 54f)

2 vgl. Nagel, S. 94

Daraus folgt, daß die Beweismittel der Aufhellung der streitigen Tatsachen dienen sollen. Da aber der Instruent sich bei einem Geständnis mit der unstreitigen Tatsache begnügen soll, ohne die speziellen Umstände der zugestandenen Tatsache aufzuklären (III 3 § 27), kann das Geständnis selbst nach der AGO bereits mangels Überzeugungsbildung seitens des Richters kein Beweismittel sein, es sei denn, der Richter wird vom Gesetzgeber angehalten, jedes Geständnis für wahr zu halten. Das aber widerspricht den ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen:

I 10 § 2

"Bei dieser Instruktion der Sache muß besonders die Sorgfalt des Instruenten, die Wahrheit der bei der Klage, oder bei einem derselben entgegengesetzten Einwände, zum Grunde liegenden That-sachen gründlich und vollständig auszumitteln, sich thätig erweisen. Er muß alle Mühe anwenden, von diesen Thatsachen eine vollständige und zusammenhängende Geschichtserzählung, in Ansehung aller Haupt- und auf die Entscheidung Einfluß habenden Nebenumstände darzustellen; er muß zu dem Ende die Parteien mit unermüdeter Sorgfalt, Aufmerksamkeit und Geduld über ihre gegenseitigen Angaben vernehmen; sie auf die Unwahrscheinlichkeit, die Lücken und das Zusammenhängende, was sich in diesen ihren Angaben etwa findet, aufmerksam machen; sie an ihre Pflicht, vor Gericht die Wahrheit zu sagen, und an die gesetzlichen Strafen wissentlich vorgetragener Unwahrheiten so wie des frevelhaften Leugnens, bei jeder vorkommenden Gelegenheit ernstlich erinnern; in so fern sie über erhebliche Thatsachen nicht vereinigt werden können, die eigentliche Bewandtniß derselben durch sorgfältige Aufsuchung und Aufnahme der darüber vorhandenen Beweismittel ins Licht zu setzen bemüht seyn; sich dabei nicht bloß an diejenigen

binden, die ihm von den Parteien an die Hand gegeben, sondern auch, wenn sich im Fortgange der Verhandlungen findet, daß außer diesen von den Parteien vorgeschlagenen Beweismitteln, deren noch mehrere oder andere, wodurch ein helleres Licht über die streitigen Thatsachen verbreitet werden könnte, vorhanden sind, denselben auch ohne besondere Anregung der Parteien nachgehen, und davon den erforderlichen Gebrauch machen; überhaupt aber mit seiner Untersuchung nicht eher ablassen und ermüden, als bis alle vorkommende erhebliche Thatsachen vollständig aufgeklärt, oder doch alle dazu irgend vorhandene Mittel angewendet und erschöpft worden sind".

I 10 § 27 b

"Doch muß in allen Fällen derjenige, welcher durch den Widerruf eines Geständnisses einen Aufenthalt in der Instruktion verursacht, nicht allein die daraus dem Gegentheile erwachsenen Schäden und entstandenen mehreren Kosten allein tragen: sondern er hat auch, wenn sich findet, daß die Thatsache sich dennoch so verhalte, wie er sie eingestanden hatte, und wenn er keinen vernünftigen Grund, wodurch er zu dem Widerrufe bewogen worden, nachzuweisen vermag, die Tit. XXIII § 52 geordneten Strafen zu gewärtigen".

§ 52¹

- 1) Leugnen einer vom Gegner behaupteten Thatsache schließt spätere Berufung des Leugnenden auf diese Thatsache aus.
- 2) Die Behauptung bewußt unwahrer Thatsachen schließt den Anspruch oder Einwand aus, auch wenn andere Thatsachen ihn später stützen.
- 3) "Wenn jemand seine Wissenschaft von einer Thatsache oder einem Beweismittel vorsätzlich

1 Nur Ziffer 3 ist wörtlich zitiert.

zurück hält, so soll in dem ganzen Verfolge der Sache auf dieß Faktum oder Beweismittel, zu seinem Vortheile, keine Rücksicht genommen werden".

- 4) Wer die Ausmittlung der Wahrheit auf andere Weise verhindert, erhält eine Geldstrafe.

Diese Vorschriften gewährleisten im Zusammenhang mit § 13 der Einleitung (Wahrheitspflicht), daß es sich bei den Erklärungen der Parteien im Regelfall um Wahrheitserklärungen handelt. Stimmen diese Erklärungen bzgl. einer Tatsache überein, so soll das Gericht wie die Partei an diese Tatsache gebunden sein.

Indem der AGO-Gesetzgeber an dieses "Einigsein" der Parteien eine beweisüberhebende Bindung des Richters unangesehen die Wahrheit¹ knüpft, verneint er damit der Sache nach den Beweismittelcharakter des Geständnisses.² Der so zum Ausdruck kommende Prozeßhandlungscharakter des Geständnisses ist die logische Folge des Bemühens des AGO-Gesetzgebers, trotz seines Bemühens, die Wahrheit zu ermitteln, sich nicht über die Rechte der Parteien hinwegzusetzen,³ wie dies in Ziff. 9, 12, 17 der Einleitung und 1, 10, § 5 b zum Ausdruck kommt:

1 Wenn Leue die Ansicht vertritt, der Richter der AGO habe ein gerichtliches Geständnis unbedingt für wahr zu nehmen (S. 57), obwohl die Parteien befugt sind, mehr zu gestehen, als wahr ist (S. 67), so kann er diesen Widerspruch nur mit dem Begriff der "gerichtlichen Wahrheit" verschleiern: "Denn die Beweiskraft desselben - sc. des Geständnisses - beruht auf gesetzlicher Vorschrift, nicht auf der Wahrscheinlichkeit, daß es der Wahrheit gemäß sey. Diese kann ganz fehlen und das Geständniß bewirkt doch gerichtliche Wahrheit" (S. 57f).

2 Das AGO-Geständnis ist seinem Wesen nach kein Beweismittel, da es keinen Beweis erbringt, sondern ihn erspart.

3 vgl. Bomsdorf, S. 94

Ziff. 9

"Das allgemeine Beste erfordert es, daß die Prozesse, soweit es ohne Nachtheil der Rechte der Parteien geschehen kann,¹ abgekürzt, und die Kosten dabei möglichst gespart werden".

Ziff. 12

"Gewöhnlich sind die Parteien selbst am besten im Stande, dem Richter über ihre Angelegenheiten Auskunft zu ertheilen; ...".

Ziff. 17

"Der Richter ist jedoch an diese Angabe nicht gebunden; sondern er hat das Recht und die Pflicht, auch andere Mittel, die aus dem Vortrage der Parteien, und aus dem Zusammenhange ihrer Verhandlungen sich ergeben, zur Erforschung der Wahrheit, selbst ohne das ausdrückliche Verlangen der Parteien anzuwenden".

Erster Teil 10. Titel § 5 b

"Eben so findet die dem Richter auferlegte Pflicht, und eingeräumte Befugniß, den wahren Zusammenhang streitiger und erheblicher Thatsachen auch von Amts wegen aufzuklären, ihre Einschränkung, daß demselben nicht gestattet werden kann, Thatsachen, worauf weder die Angaben der Parteien, noch der Zusammenhang der Sache, noch der Inhalt der Urkunden oder Zeugenaussagen führen, sondern die bloß in seiner Privatwissenschaft beruhen, als Gegenstände der Instruktion aufzustellen".

Erst wenn unter Wahrung der Rechte der Parteien sich kein unstreitiger Sachverhalt ergibt, soll der Richter den streitigen Fakten "ex officio" auf den Grund gehen (I 10 §§ 1, 2). Vorher aber ist durch ein Geständnis der Ermittlung und Über-

1 Unterstreichungen vom Verfasser

zeugungsbildung des Richters ein Riegel vorgeschoben. Diese Beschränkung der Richtermacht entfällt auch nicht bei einem unwahren Geständnis, was sich schon aus der bereits aufgezeigten Strafe im XXIII Titel § 52 ergibt.

b) Die Grundlagen der Richterbindung

Der Wirkungsgrund des sich im Regelfall aus zwei Wahrheitserklärungen zusammensetzenden AGO-Geständnisses ist auf eine Entscheidung des Gesetzgebers zurückzuführen. Zwar liegt nach der Formulierung in III 3 § 27 "... darin einig, daß das Faktum an sich zugestanden werde ..." der Gedanke an einen Vertrag nahe; doch der bereits zitierten Bestimmung I 10 § 1 läßt sich entnehmen, daß die Parteien über ein Faktum "vereinigt" werden sollen. Der Instruent soll darauf drängen, daß beide Parteien eine einheitliche Darstellung der Fakten geben.¹ Nicht gemeint ist damit, daß die Parteien einen Vertrag über die Fakten schließen, die sie dem Gericht zur Prüfung vorlegen wollen,² obwohl ein solcher Vertrag im Einzelfall dem Geständnis vorausgehen kann.

Der preußische Gesetzgeber hat sich bei seiner Entscheidung, die Parteiherrschaft über den Sachverhalt bei der Geständnisregelung zum Ausdruck zu bringen, von folgenden Motiven leiten lassen, wie sie bereits in den zitierten Bestimmungen zum Ausdruck kommen:

1 Damit ist in Anlehnung an Brackenhoeft (S. 944) sowie AcP 20, S. 248-250, 270ff nicht ein Vertrag, sondern das bloße "Einigsein" der Parteien nach der Natur der Sache und dem Ausspruch des Gesetzgebers der allein richtige Wirkungsgrund des Geständnisses.

2 vgl. auch 1, 10, § 88 a AGO: "Zur rechtlichen Wirksamkeit eines Geständnisses ist die Annahme des Gegentheils in keinem Falle nothwendig".

- (1) Die Parteien teilen dem Gericht die Tatsachen mit, da sie ihre eigenen Angelegenheiten am besten kennen.
- (2) Tatsachen, die sich nicht aus dem Vortrag der Parteien, dem Zusammenhang der Verhandlung oder dem Inhalt der Urkunden oder Zeugenaussagen, sondern nur aus dem privaten Wissen des Richters ergeben, dürfen bei der Urteilsfindung nicht verwertet werden.
- (3) Ergeben diese verwertbaren Tatsachen keinen vollständigen und zusammenhängenden, d.h. un-
streitigen Sachverhalt, so geht das Gericht "ex officio" vor.
- (4) Das allgemeine Beste (Gemeinwohl) erfordert möglichst kurze und kostensparende Prozesse, soweit das ohne Benachteiligung der Parteien geschehen kann.
- (5) Ziff. 12 der Einleitung sowie die in 1, 10 § 85 getroffenen Regelungen¹ deuten nicht darauf hin, daß der preußische Gesetzgeber einen Erfahrungssatz zum Rechtssatz erhoben hat - den Fall einbegriffen, daß der Richter es anders weiß -, daß bei widerstreitenden Parteiinteressen und Strafen für die Verletzung der Wahrheitspflicht ein Geständnis in der Regel der Wahrheit entspricht.²

1 1, 10, § 85: "Wenn ein Geständniß, es sey in dem Prozesse oder vorher erfolgt, auf die Entscheidung des vorliegenden Prozesses rechtlichen Einfluß haben soll, so muß der Gestehende zur Verhandlung der Sache nach seinem alleinigen Ermessen befugt seyn. Ermangelt es hieran, so müssen diejenigen zugezogen seyn, ohne deren Genehmigung oder Einwilligung die Partei sich auf rechtsbeständige Art nicht verpflichten, noch über die streitige Sache gültig verfügen kann".

2 In der Regel bekundet keiner ihm nachteilige falsche Tatsachen (vgl. Leue, S. 56). Ein unwahres Geständnis wird immer die Ausnahme sein (vgl. Sachse ZZP 54, S. 409, 414). Vgl. auch Arens, wonach das aufgrund einer freiwilligen Erklärung abgegebene Geständnis nach allen Regeln der Lebenserfahrung die Vermutung der Wahrheit für sich hat (S. 202). Zu einem solchen Erfahrungssatz vgl. Pollak (I Teil, S. 485), der den rechtspolitischen

Der Gesetzgeber, der - wie die Reformer selbst betonten - weder die Eigentumsrechte noch die Freiheit der Parteien verletzen wollte,¹ hat vielmehr insbesondere durch die Regelung in 1, 10, § 85 die Möglichkeit geschaffen, mit Hilfe des gerichtlichen Geständnisses die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis einer Partei auch im Prozeß zu gewährleisten. Niemand soll gehindert werden, im Prozeß so viel von seinen Rechten zu vergeben, wie er das außerhalb des Prozesses könnte.²

Diese auf den ersten Blick überraschende Möglichkeit der Verfügungsbefugnis der Parteien im AGO-Verfahren von 1793 ist zurückzuführen auf den Einfluß des Naturrechts auf das gesamte Zivilprozeßrecht, das mit den Werken von Grolmann³ und Gönner⁴ seinen

Grund für jede Geständnisregelung in dem Erfahrungssatz sieht, daß jene Tatsachen in der überwiegenden Zahl der Fälle richtig sind, die von beiden Parteien trotz ihrer entgegengesetzten Prozeßinteressen übereinstimmend vorgetragen werden: "aus Prozeßökonomie ist dieser Erfahrungssatz zum Rechtssatz erhoben worden".

1 vgl. Bomsdorf, S. 95 mit ausführlichem Nachweis

2 vgl. Leue, S. 56

3 Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen entworfen (1800) § 78:
"Da jeder Bürger über seine Rechte nach freier Willkür zu schalten befugt ist und jeder sein Recht, sey es nun ganz oder zum Theile, aufopfern darf, so folgt, daß der Staat nur dasjenige jedem zu schützen habe, was dieser auch wirklich als das Seine anerkennt, und in Ansehung dessen er Schutz von dem Staate verlangt. Der Endzweck des gerichtlichen Verfahrens erhält hierdurch die genauere Bestimmung: daß das Seine eines jeden Bürgers, welches dieser als solches betrachten will, geschützt werde, wenn erhellt, daß er es mit Recht so betrachte".

4 Gönner, Handbuch des gemeinen Zivilprozesses (1801)

Abschluß fand.¹ Angesichts der vielfältigen Sanktionen bei Verletzung der Wahrheitspflicht kann man diese Verfügungsbefugnis nicht im Sinne eines schrankenlosen Rechts der Parteien auf den von ihnen vorgetragenen Tatbestand verstehen. Der auf eine umfassende Wahrheitsermittlung bedachte preußische Gesetzgeber² hat lediglich in den Fällen, in denen beide Parteien gegen die "umständliche Entwicklung erheblicher Thatsachen protestiren", an das "Einigsein" der Parteien eine gegen den "Instrumenten" gerichtete Sperrwirkung geknüpft.³ Darin kommt neben der Achtung des Gesetzgebers vor den Interessen der Parteien⁴ auch zum Ausdruck, auf eine möglichst ökonomische Weise den Rechtsfrieden⁵ im zivilprozessualen Bereich zu erhalten.

1 zum Einfluß des Naturrechts auf die preußische Zivilprozeßreform vgl. die eingehenden Untersuchungen von Bomsdorf (S. 98ff) und Nörr, S. 24ff (zur Friderizianischen Prozeßordnung nebst Grundsätzen - S. 64ff)

2 vgl. Bomsdorf, S. 91 unter Hinweis auf Ziff. 5, 6, 7, 10 und 34 der Einleitung der AGO sowie S. 95, 132

3 "Wenn auch bei den Instruktionen wirklich erhebliche Thatsachen vorkämen, gegen deren umständliche Entwicklung beide Theile protestieren; und es sind dieselben darin einig, daß das Faktum an sich zugestanden werde; so muß der Instruent sich damit begnügen, daß er selbiges nur allgemein, so wie es von den Partheien vorgetragen und eingestanden wird, aufnehme, ohne auf die speciellen Umstände desselben genauer einzugehen" (3, 3, § 27).

4 Vorbericht zum CIF 2): "Die Partheyen gegen alle willkührliche Behandlungen zu sichern" (Nörr, S. 65, 25, 28)

5 zum Terminus "Erhaltung des Rechtsfriedens" vgl. Bomsdorf, S. 272; Bülow, Geständnis, S. 244f nennt es "quieta non movere" und vergleicht die Rechtsordnung mit einer Friedensordnung.

Prima vista dürfte es den Leser überraschen, eine solche, gegen das Gericht gerichtete "Sperrwirkung" des Geständnisses - nach neuerem Verständnis ein Essentiale der Verhandlungsmaxime¹ - in einer Verfahrensordnung vorzufinden, die nach Angabe der heutigen Prozessualisten auf der Untersuchungsmaxime ruht.² Bereits nach der Untersuchung von Bomsdorf dürfte jedoch die Behauptung Gönners, die AGO ruhe auf dem "Alles von Amts wegen" der Untersuchungsmaxime,³ widerlegt sein. Wenngleich die AGO auf dieses Prinzip berechnet gewesen ist,⁴ stellt sich vor allem die Geständnisregelung als ein Fremdkörper in dieser auf der großen Idee der umfassenden Wahrheitsermittlung basierenden Prozeßordnung dar.⁵

c) Die Widerrufsregelung

Will eine Partei ihr Geständnis widerrufen, so muß sie nach der AGO zum einen wahrscheinliche Gründe darten, wodurch sie zu dem jetzt zurückgenommenen Geständnis oder der für irrig ausgegebenen Erzählung verleitet worden ist (1, 10, § 27a). Obwohl die AGO damit aus der Vielzahl wahrscheinlicher Gründe zur Entkräftung eines Geständnisses den "Irrtum" ausdrücklich herausgreift,⁶ weil der Irr-

1 vgl. Bruggemann, S. 118ff; Kollhosser, S. 119f

2 vgl. Bomsdorf, S. 94

3 Gönner, 1. Band, S. 190f

4 vgl. Bomsdorf, S. 91f; Zettel, S. 52f

5 Dieser Tatsache war sich Gönner durchaus bewußt (vgl. Bomsdorf, S. 132f).

6 zu anderen Gründen vgl. Demelius, S. 367: Ansehen; Scheu, dritte Personen zu kompromittieren; Andenken Verstorbener, Verbergen eigener Torheit; Sehen, etwas ableugnen zu müssen, mit dem man prahlte; Überzeugung, die zugestandenen Tatsachen reichen sowieso nicht zur Abweisung der Klage; Scheu, verehrte nahestehende Personen in Konflikte zu bringen oder verborgene Vorgänge unerwünscht bekanntzugeben. Nikisch, S. 193: Scheu, Geschäftsbeziehungen zum Gegner durch den Vorwurf der Arglist dauernd zu

tum wohl der häufigste Widerrufsgrund ist,¹ stellt der Irrtum nicht das maßgebende Bewertungskriterium der Widerrufsregelung dar.²

Zum anderen muß die widerrufende Partei nach der AGO die wahre Bewandnis der zugestandenen Tatsache "ans Licht setzen", d.h. die Unrichtigkeit der zugestandenen Tatsache nachweisen. Die widerrufende Partei kann also die Beweisbedürftigkeit der vom Gegner behaupteten Tatsache nicht allein dadurch wieder erreichen, daß sie die "Genesis" ihres Geständnisses aufzeigt und ihr Geständnis unter Hinweis auf diese "Genesis" widerruft. Die Bindung der Partei an ihr Geständnis erlischt erst dann, wenn sie zusätzlich noch - praktisch in Umkehr der Beweislast vor Abgabe des Geständnisses - die Unrichtigkeit der zugestandenen Tatsache nachweist. Damit dürfte der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen haben, daß das Geständnis einer nachteiligen Tatsache unter Berücksichtigung der Strafen bei Verletzung der Wahrheitspflicht die Vermutung der Wahrheit für sich hat.³ In Anbetracht dieser Vermutung wäre es aus prozeßökonomischen Gründen wenig sinnvoll gewesen, beim Widerruf des Geständnisses nur den Nachweis der Genesis des Geständnisses zu fordern und selbst in den zahlenmäßig überwiegenden Fällen, in denen das Geständnis der wahren Sachlage entspricht, dem

trüben.

Münter, S. 40: Die gestehende Partei hält einen Tatsachenkomplex für unerheblich und möchte mit ihrem Geständnis eine kostspielige und zeitraubende Beweisaufnahme vermeiden. Daneben kommt auch der Gesichtspunkt der Nötigung in Betracht.

1 vgl. Hegler, S. 289f Anm. 2 am Ende

2 Diese Rolle kommt ihm erst später im Zusammenspiel mit dem die verstärkte Wirkungskraft des gerichtlichen im Verhältnis zum außergerichtlichen Geständnis begründenden spezifischen Geständniswillen (animus confitendi) zu.

3 zu diesem Aspekt vgl. Arens, S. 202 für die Regelung des § 290

Gegner automatisch wieder die Beweislast für die Richtigkeit der behaupteten Tatsache aufzuerlegen. Hinzu dürfte noch der Gesichtspunkt gekommen sein, daß der Gegner des Gestehenden vor dem Widerruf infolge der vom Geständnis ausgehenden Wirkung den Beweis für die Richtigkeit der nun widerrufenen Tatsache nicht führen durfte und nun vor dem Nachteil zu schützen ist, daß er infolge der verstrichenen Zeit möglicherweise den Beweis nicht mehr ausreichend führen kann.¹

4. Die AGO-Grundzüge im 19. Jahrhundert

Zwei Komponenten bestimmen das weitere Schicksal dieser Geständnisgrundzüge. In der Literatur versuchte man die Wirkungskraft des gerichtlichen Geständnisses durch die animus-confitendi-Theorie zu erklären.² Damit wurde gleichzeitig die Widerrufsregelung auf das im Gesetz erwähnte Beispiel "Irrtum", weil es den Normalfall bezeichnete, verhängnisvoll beschränkt, so daß der Nachweis der Unwahrheit an Bedeutung verlor.³

So verlangte schon der Revidierte Entwurf der bürgerlichen Proceßordnung für die preußischen Staaten von 1842 in § 79 zwar noch immer den Nachweis der Veranlassung des Irrtums sowie der wahren Bewandnis der Sache. Die Motive aber besagten dazu, die Vorschrift sei unter Betonung des animus confitendi abgefaßt.⁴ Wenn dieser fehle, so liege kein gerichtliches Geständnis vor.⁵ Das gerichtliche Ge-

1 vgl. Arens, S. 202

2 vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 299f

3 vgl. Hegler, S. 291 Anm. 2 am Ende

4 Motive zum Entwurf 1842 Besonderer Theil, S. 81

5 In den Protokollen der Kommission zur Beratung einer allgemeinen Zivilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten (CXXXII-CLVI) von 1864 heißt es sogar, es sei ein allgemein anerkannter Grundsatz, daß ein Geständnis nur dann Wirklichkeit äußern könne, wenn der animus confitendi den Umständen nach anzunehmen sei (S. 2405).

ständnis trage die natürliche Vermutung in sich, daß man vor dem Richter, dem man Ehrerbietung und Wahrheit schuldig sei, ernstlich und wahr mit der Absicht zu gestehen (animus confitendi) aussage. Vorher habe man den wahren Charakter des Geständnisses übersehen.¹

Durch die Rechtsgeschäftslehre des 19. Jahrhunderts, die in ihrem Absolutheitsanspruch auch vor dem Prozeßrecht nicht haltmachte, wurde schließlich die animus-confitendi-Theorie von der Geständniswillens-theorie in der Gestalt der Verzichtstheorie verdrängt. So gerieten die Grundzüge der AGO-Regelung immer mehr in Vergessenheit. Retardierende Momente fehlten, weil der AGO-Geständniswortlaut (I 10 § 88) die ihn tragenden Grundzüge nicht "offen auf der Stirn trug".

Die das AGO-Geständnis kennzeichnende Widerrufsregelung verlor ihre eigenständige Bedeutung; denn der Nachweis der Unwahrheit paßte nicht in das Geständnisbild der gemeinrechtlichen Lehre. Es mußte vielmehr allein der Nachweis des entschuldbaren Irrtums erbracht werden, was vom Standpunkt der Dispositionstheorie durchaus konsequent war.²

5. Begründung des Rückgriffs des Norddeutschen Entwurfs auf I 10 § 27 a AGO

Gemäß den Protokollen war bei der Konzipierung des Norddeutschen Entwurfs außer Streit, es sei zum Widerruf der Beweis erforderlich, "daß das Geständnis durch einen Irrtum veranlaßt sei".³ Der Referent trat dafür ein, daß daneben auch die Un-

1 Motive zum Entwurf 1842 Besonderer Theil, S. 77

2 vgl. Planck I, S. 330 Anm. 47

3 zitiert nach Hegler, S. 289; die Protokolle (5 Bände, 2377 Quartseiten) - bei Decker gedruckt, sind nicht im Buchhandel erschienen (Stein-Jonas-Pohle, vor § 1 Einleitung H III Fn. 5).

richtigkeit der zugestandenen Tatsache nachzuweisen sein solle; von anderer Seite hielt man den Beweis des Irrtums für ausreichend. Der Referent bemerkte zur Begründung seiner Ansicht: "Die Bedingung des Nachweises der Unrichtigkeit der zugestandenen Tatsache (Pr. AGO I 10 27 a)¹ sei praktisch nicht von erheblicher Bedeutung, weil der Irrtum in den meisten Fällen auch jenen Nachweis nötig machen werde. Indessen könnten immerhin Fälle vorkommen, in welchen dies nicht der Fall sei. Alsdann empfehle es sich, um die Anfechtung auf Fälle eines wesentlichen Irrtums zu beschränken, wenn das Gesetz auch den Gegenbeweis (also gewissermaßen einen Irrtum im Gegenstande) erfordere, obschon dies unter Umständen hart sei". Die Mehrheit der Kommission erklärte sich dafür, "neben dem Nachweis eines Irrtums auch den der Unrichtigkeit der gestandenen Tatsache zu erfordern, ohne damit ausschließen zu wollen, daß der eine Nachweis bereits in dem anderen enthalten sein könne".

Damit übernahm die Kommission trotz der Verwendung gemeinrechtlichen Vokabulars den Regelungsmechanismus des AGO-Geständnisses, ohne jedoch - möglicherweise bedingt durch die Vorstellung vom Geständnis als "Willenserklärung" oder geleitet vom in der Widerrufsregelung der AGO expressis verbis angeführten Normalfall "Irrtum"² - die Vielzahl wahrscheinlicher Gründe zur Entkräftung eines Geständnisses in eine der AGO entsprechende möglichst allgemein gehaltene Regelung zu fassen.

1 Der Entwurf der norddeutschen Prozeßordnung allgemein ist nicht dem preußischen Recht entnommen. Seine Mutter ist die hannoversche Prozeßordnung vom 8. Nov. 1850 (Wellmann, S. 57). Dort taucht der Begriff "Geständnis" wiederholt auf (§§ 117, 201). Eine ausdrückliche Regelung aber fehlt, da man das Geständnis dem Zivilrecht zuordnete.

2 vgl. Hegler, S. 289 Anm. 2 am Ende

Dieser Annahme steht das Widerrufsmerkmal "Irrtum" nicht entgegen, das allein nach Ansicht des Referenten die Fälle keiner sachgerechten Lösung zu-
führt, in denen das Geständnis trotz eines Irrtums des Gestehenden der wahren Sachlage entspricht und der Irrtumsnachweis ohne den Nachweis der Un-
richtigkeit der zugestandenen Tatsache erfolgt.¹
Denn die gemeinrechtliche Lehre stellte beim Wider-
ruf eines Geständnisses durchweg infolge ihres
Ansatzes, das Geständnis sei eine "Willenserklä-
rung", allein auf einen entschuldbaren Irrtum ab,
nicht jedoch auf die Unwahrheit oder den im Gesetz
erwähnten einfachen Irrtum.²

Durch die Beschränkung des Widerrufs, die sich ent-
gegen der Ansicht des Referenten nicht nur auf den
Fall des wesentlichen Irrtums (gewissermaßen Irrtum
im Gegenstande)³ erstreckt, lag das Schwergewicht
der Widerrufsregelung gemäß der AGO beim Nachweis
der Unrichtigkeit der zugestandenen Tatsache, wäh-
rend das Merkmal "Irrtum" gleichsam nur als Zu-
lässigkeitsvoraussetzung eines Widerrufs erschien.

1 Weil der das Geständnis veranlassende Irrtum
nicht begriffsnotwendig einen Irrtum über die
wahre Bewandnis der zugestandenen Tatsache
nach sich ziehen muß (vgl. die beispielhaft auf-
geführten Widerrufsgründe unter § 2 IV B 3 c,
insbesondere den von Münter erwähnten Grund
hinsichtlich der Erheblichkeit eines Tatsachen-
komplexes).

2 vgl. z.B. Planck I, S. 330 Anm. 47

3 zitiert bei Hegler, S. 289 Anm. 2

Es muß sich nicht notwendigerweise um einen Irr-
tum über die wahre Bewandnis der zugestandenen
Tatsache handeln (vgl. Fn. 1), d.h., ein Wider-
ruf ist bei einem entsprechenden, das Geständnis
veranlassenden Irrtum auch dann möglich, wenn
der Gestehende einen solchen Irrtum und die Un-
richtigkeit der zugestandenen Tatsache nach-
weist.

6. Folgen des Rückgriffs auf die AGO

Der Rückgriff auf die AGO-Regelung mußte dadurch zu Schwierigkeiten in Theorie und Praxis führen, daß man sachlich den Irrtum entgegen der gemeinrechtlichen Lehre zum Zulässigkeitskriterium gem. der AGO abstufte und das Hauptgewicht auf den Nachweis der Unrichtigkeit der zugestandenen Tatsache verlagerte, ohne zu berücksichtigen, daß die AGO den Irrtum zwar als Normalfall expressis verbis anführte, die Zulässigkeit des Widerrufs aber nicht auf diesen Fall beschränkte.¹ Damit bereitete die Einordnung des bewußt unwahren Geständnisses - bedingt durch die gemeinrechtliche Lehre, die den Widerruf eines Geständnisses auf den Fall des entschuldbaren Irrtums beschränkte - erhebliche Schwierigkeiten.

Die AGO sah für diesen Fall u.a. eine Sanktion in Form einer Präklusion vor (I 23 § 52); d.h. grundsätzlich konnte auch ein bewußt unwahres Geständnis widerrufen werden. Durch die Präklusion blieb aber die Partei und somit auch das Gericht an das falsche Geständnis gebunden.

Nach dem Wortlaut des § 290 bot sich zwar die Möglichkeit an, das Wörtchen "nur" in dem Sinne zu betonen: "Der Widerruf hat nur dann Einfluß, wenn".² Gegen diese einengende Interpretation sprach aber die Übernahme der AGO-Widerrufsregelung ohne Erwähnung der Präklusion, die in der AGO in einem gesonderten Kapitel über Sanktionen geregelt war. Daneben ließen aber auch die der Geständnisregelung zugrunde liegenden

1 vgl. die Unterstreichungen in 1, 10, 27 a (§ 2 IV B 1 b)

2 vgl. Hegler, S. 287

Erwägungen (Achtung vor den Interessen der Parteien einerseits, prozeßökonomische Aspekte andererseits) eine solche formale Auslegung nicht zu. Da zwingende prozeßökonomische Aspekte zum Ausschluß des Widerrufs eines bewußt unwahren Geständnisses vor Abschluß des Rechtsstreits in der jeweiligen Instanz nicht vorlagen, erforderte die Achtung vor den Parteiinteressen, daß die ZPO eine sachgerechte, sämtliche Widerrufsgründe umfassende Ausnahmeregelung (einschließlich Sanktionen bei Mißbrauch des Widerrufsrechts) enthalten mußte. In § 290 war aber - wie bereits dargelegt - nur der Normalfall der in Betracht kommenden Widerrufsgründe geregelt. Somit konnten die übrigen Fälle nicht durch eine unmittelbare Anwendung des § 290 allein interessenrechtlich gelöst werden. Das änderte aber nichts daran, daß auch ein bewußt unwahres Geständnis das Gericht wie die gestehende Partei nach dem Wortlaut der ZPO (jedenfalls bis zur Einführung der Wahrheitspflicht 1933) band.

Damit bildete die Verkennung des der AGO entnommenen Regelungsmechanismus des Geständnisses, den der Gesetzgeber 1877 mit der Verzichtstheorie in den Motiven dekorierte, nach der Konzipierung der DCPO die wesentliche Ursache für einen teilweise polemisch geführten Streit um die Natur des Geständnisses (Willenserklärung entsprechend der gemeinrechtlichen Lehre oder lediglich Wissens- bzw. Wahrheitserklärung oder - in Verbindung beider Komponenten - Erklärung mit alternativem Tatbestand).

§ 3 Streit um die Natur des Geständnisses nach
Inkrafttreten der DCPO bis 1933

I Literatur

A von Canstein (Differenzierung der Verhand-
lungsmaxime

Die Klärung des Streites um die Natur des Geständnisses wurde vorweg bereits erschwert durch die dogmatischen Folgen, die die Differenzierung der bis dahin vielschichtigen Verhandlungsmaxime durch von Canstein 1877 mit sich brachte:

- (1) Maxime des freien Prozeßbetriebes der Parteien
- (2) Dispositionsmaxime
- (3) Verhandlungsmaxime¹

Die echte Verhandlungsmaxime unter (3) beinhaltet nach von Canstein, daß den Parteien während der Verhandlung vor dem Gericht das Recht nicht geschmälert werden darf, über den die erhobenen Ansprüche begründenden Tatbestand (Tatsachen und Beweise) frei zu verfügen.² Hier kommt das

1 von Canstein, S. 169ff; 185ff; 198

2 Demgemäß faßt von Canstein in seiner breit angelegten historischen Untersuchung über Anerkenntnis und Geständnis das gerichtliche Geständnis der DCPO als Dispositionsakt auf (Erklärung, daß ein Faktum oder Rechtsverhältnis, welches an sich einen geltend gemachten Anspruch des Gegners gegen den Gestehenden zu begründen fähig ist, nicht bestritten werde - ZZP 1, S. 335 -, bei der der animus confitendi gesetzlich stets als vorhanden angenommen werde - ZZP 1, S. 340). Da das Gesetz aber für den Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses auch den Beweis der Unwahrheit erfordert, ist es nach seiner Ansicht auch zugleich ein Beweisgrund, ein der Wahrheit entsprechendes Zeugnis der Partei in eigener Sache (ZZP 1, S. 337).

So heute wieder Grunsky § 3 II 2: "Die Verhandlungsmaxime und ihre einzelnen Ausflüsse erweisen sich demnach als interessengerechte prozessuale Parallele zur materiellrechtlichen Verfügungsfreiheit".

liberalistische Gedankengut vom Prozeßkrieg und der Eigenverantwortlichkeit der Parteien voll zur Geltung.

Daneben darf es als gesicherte Erkenntnis gelten, daß die damalige Lehre keinen Zweifel daran erhob, daß das Geständnisrecht Ausfluß der Verhandlungsmaxime war. Zwar fehlte in der ZPO (DCPO) eine Bestimmung von solch doktrinärer Bedeutung. Doch dazu konnte man die Begründung zum Entwurf zur DCPO heranziehen: "Daß der Entwurf von der Verhandlungsmaxime ausgeht, ergibt sich aus der Struktur des Verfahrens und aus zahlreichen Einzelbestimmungen".¹

Hierbei blieb aber unberücksichtigt, daß man zur Zeit der Konzipierung der DCPO noch nicht zwischen Verhandlungs- und Dispositionsmaxime unterschied und der Gesetzgeber oft genug die Dispositionsmaxime meinte, wenn er von der Geltung der Verhandlungsmaxime sprach.²

Die Dispositionsmaxime gewährt(e) den Parteien die materielle Verfügungsbefugnis über das streitige Rechtsverhältnis (z.B. Verzicht, Anerkenntnis).

Diesen Verfügungsgedanken bezog von Canstein eindeutig auch auf die Verhandlungsmaxime im engeren Sinne als Ausschluß des Richters bei der Stoffsammlung; er stand mit dieser Dispositionsbefugnis über die der Klage zugrundeliegenden Tatsachen auch nicht allein.³

Die Ursache dürfte darin zu sehen sein, daß man die Verhandlungsmaxime und die Dispositionsmaxime

1 vgl. Begründung, S. 127

2 vgl. Bomsdorf, S. 256 Anm. 58 mit Nachweis

3 vgl. Bülow AcP 64, S. 13

nicht genügend auseinanderhielt.¹

Die Folgen hat Bernhardt an zwei drastischen Zitaten aufgezeigt:

"Die Feststellung der Wahrheit ist nicht das Ziel des Zivilprozesses und kann es nicht sein. Sie ist sein zufälliges Resultat" (Wach 1879).

"Der Richter soll sich nicht um den wahren Sachverhalt kümmern, er geht ihn nichts an, sondern er soll den Streitstoff, der ihm vorgelegt wird, entscheiden" (Mittelstaedt 1913).²

Dieses Verständnis von der Verhandlungsmaxime spiegelt sich in den dogmatischen Untersuchungen jener Zeit - auch in den Arbeiten von Demelius sowie gerade Wachs, die die damalige Diskussion um das Geständnisrecht belebten - wider.

B Demelius

Demelius verwirft in seiner Confessio das Geständnis der neuesten Prozeßgesetzgebung und die ihm zugrundeliegende Lehre in wesentlichen Stücken und verteidigt die Widerruflichkeit des gerichtlichen Geständnisses, was Wach zum Anlaß nimmt, die bisherige Lehre zu überprüfen und sie zur Theorie des Feststellungsaktes weiterzuentwickeln.

Ausgangspunkt der Untersuchung von Demelius ist der österreichische Entwurf einer Civilproceß-

1 vgl. Bernhardt JZ 1963, S. 246 mit Nachweisen; diese Verwechslung findet man auch noch in neuester Zeit (vgl. z.B. Schneider NJW 1977, S. 301).

2 vgl. Bernhardt a.a.O.

ordnung (§ 294),¹ der bzgl. desselben prozessualen Aktes der DCPO eine konträre Entscheidung trifft: Die Wirksamkeit des Widerrufs des gerichtlichen Geständnisses wird in das richterliche Ermessen gestellt. Diese Behandlung des Geständnisses im Österreichischen Recht sei die einzig richtige für jeden Prozeß, der einerseits auf dem Prinzip der Einheit der Verhandlung, andererseits auf dem Prinzip freier richterlicher Würdigung des gesamten Verhandlungsmaterials beruhe.² Dies entspreche dem römischen Recht, wohingegen die Auffassung der DCPO und der sie stützenden Lehre ein überlebtes Residuum germanischer Rechtsanschauung sei,³ das mit dem Übergang zum romanistisch-kanonistischen Prozeß an sich hätte fortfallen müssen.⁴

Nachdem diese Ansicht von Demelius bereits verworfen wurde,⁵ soweit sie vom Dispositionscharakter des römischen Geständnisses ausgeht, kann die folgende Darstellung auf die Widerrufsproblematik beschränkt werden. Demelius verwirft die Konstruktion des Geständnisses als eines prozessualen Rechtsgeschäfts gegenüber der anderen Partei. Das gerichtliche Geständnis sei lediglich eine Verfügung dem Gericht gegenüber zur Begrenzung der richterlichen Kognition. Solange nun die Verhandlung noch andauere, sei kein Grund ersichtlich, warum eine solche Verfügung nicht zurückgezogen werden könne. Denn die Disposition hindere nur den Richter; der

1 heute § 266 der Österreichischen Zivilprozeßordnung (vgl. Holzhammer, S. 195)

2 Demelius, S. 8

3 vgl. Wach AcP 64, S. 206

4 vgl. Wach AcP 64, S. 208

5 vgl. § 2 III A 1 dieser Untersuchung

aber habe kein Recht erworben.¹

Die Konstruktion vom Gericht als Vermittler der Parteihandlungen mußte den Widerspruch der damaligen Prozessualisten hervorrufen, da damit ein prozessuales Rechtsgeschäft zwischen den Parteien unzulässig und auch die in der DCPO anzutreffende Auffassung vom Richteramt "Da mihi facta, dabo tibi jus" infrage gestellt wurde. Wenngleich dieser Konstruktionsversuch durch den Mut besticht, das geltende Geständnisrecht auf das alte bewährte römische Recht zurückzuführen, so liegt doch gerade hierin auch seine entscheidende Schwäche. Denn das 1877 konzipierte Geständnisrecht stellt eine gesetzgeberische Lösung eines juristischen "Problems" dar, das nicht nur bereits im römischen Recht auftauchte, sondern zum Leidwesen mancher Prozessualisten des 19. Jahrhunderts auch im germanischen Recht und dort anders behandelt wurde. Grundgedanken aus beiden Rechtskreisen haben sich vermischt² und im römisch-kanonischen Prozeß fortentwickelt.³

Demelius stützt die Widerruflichkeit des Geständnisses aber auch auf den Gedanken der prozessualen Gerechtigkeit.⁴ Der Kläger dürfe noch ständig

1 Demelius, S. 236f

2 vgl. Wach AcP 64, S. 208: "Amalgam zwischen römischem und germanischem Wesen"

3 vgl. § 2 III A 3 und 4 dieser Untersuchung; daneben Wach AcP 64, S. 209
Die Kritik von Demelius an § 263 DCPO mit dem Ergebnis, daß der österreichische Entwurf einer Civilproceßordnung (§ 294) das juristische Wesen des gerichtlichen Geständnisses vollständig richtig erfasse, wenn er bestimme: "In gleicher Weise (nach durch die sorgfältige Erwägung aller Umstände geleitetem Ermessen) hat das Gericht zu beurtheilen, inwiefern ein Geständnis durch einen Widerruf entkräftet wird" (S. 33, 400), kann daher allenfalls als ein Reformvorschlag aufgefaßt werden.

4 Demelius, S. 385ff

neue Tatsachen vorbringen, während der Beklagte an sein Geständnis gebunden bleibe. Hier verkennt Demelius aber einerseits, daß die Geständnisbindung bei nachteiligen Tatsachen den Kläger wie den Beklagten treffen kann. Andererseits kann der Beklagte die vom Kläger neu vorgebrachten Tatsachen bestreiten.

Zudem kann auch jeder Gestehende unter bestimmten Voraussetzungen sein Geständnis widerrufen. In dieser Einschränkung des Widerrufs kann man durchaus den Gedanken prozessualer Gerechtigkeit verwirklicht sehen, da dem Gegner des Gestehenden während der Bindungswirkung des Geständnisses eine entsprechende Beweisführung untersagt ist, und er bei einer uneingeschränkten Widerrufsmöglichkeit durchaus in Beweisnot geraten kann.

Indem Demelius die allgemeine Widerruflichkeit des Geständnisses als eine rationelle und legislativ-politisch gebotene Forderung einstuft, vernachlässigt er zudem auch den Gesichtspunkt der Prozeß-Ökonomie, ohne den das heutige Prozeßrecht neben der Garantie (Richtigkeitsgewähr der zu treffenden Entscheidung) nicht mehr auskommt.¹

Obwohl Demelius somit der wissenschaftliche "Erfolg" verwehrt bleiben mußte, da er die Grundlagen des Geständnisrechts allein aus dem römischen Recht herleiten wollte,² so gebührt ihm doch das Verdienst, der Ableitung der Unwiderruflichkeit des Geständnisses aus dem römischen Recht ein Ende bereitet und mit seiner Arbeit entscheidend den Weg zu den weiteren wissenschaftlichen Arbeiten Wachs, Bülow und Heglers geebnet zu haben.

1 zu diesem Aspekt vgl. Blomeyer JA 1972, S. 431 sowie NJW 77, 557, 559; vgl. auch Kommissionsbericht 1977, S. 30

2 Bülow, Geständnis, S. 93

C Wach (Feststellungstheorie)

Das gerichtliche Geständnis ist nach der von Wach vertretenen Ansicht Beweismittel oder Dispositionsakt; das außergerichtliche Geständnis ist nicht schlechthin Beweismittel und nicht schlechthin Dispositionsakt. Das richte sich danach, ob ein reiner Geständniswille (dann Beweismittel) oder ein Feststellungswille (Rechtsgeschäft "unangesehen die Wahrheit des Gestandenen") vorliege. Dabei sei ferner zwischen einem außergerichtlichen Tatsachen- und Rechtsgeständnis zu unterscheiden.¹

Der Grund für die bindende Kraft eines Geständnisses liege nicht in der formalen Gliederung des Verfahrens, der Eventualmaxime oder den präklusiven Abschnitten, sondern in einem materiellen Rechtsgedanken.²

Folglich analysiert Wach unter dem Aspekt des einseitigen prozessualen Rechtsgeschäfts³ den spezifischen Bindungswert eines Geständnisses in den verschiedenen Erscheinungsformen außerhalb und innerhalb des Prozesses.

Das zuerst untersuchte außergerichtliche Tatsachengeständnis⁴ ist Beweismittel und nur dann Dispositionsakt, wenn es nicht dem Willen zu bekennen, sondern zu verfügen entspringt.⁵ Ein solcher Ge-

1 Wach AcP 64, S. 216, 227

2 ders., S. 209f

3 Zu Recht lehnt Wach die Konstruktion des außergerichtlichen Geständnisses als eines Beweisvertrages (der, für den das Geständnis bestimmt ist, soll von der Beweispflicht vorbehaltlich des Gegenbeweises befreit werden) ab, da damit ein Eingriff in den Kernbereich der richterlichen Überzeugung erfolgt (S. 218ff).

4 Das auf S. 233ff untersuchte außergerichtliche Rechtsgeständnis soll hier unberücksichtigt bleiben, da es dem Begriffsfeld des Anerkenntnisses zuzuordnen ist. Das gleiche gilt für das gerichtliche Rechtsgeständnis.

5 Wach, S. 216

ständnisakt sei gegeben, wenn der Gestehende nicht sein Wissen von der Wahrheit, sondern unangesehen die Wahrheit das Gestandene als Form eines feststellenden oder rechtsverändernden Willens kundtut und ein solches Rechtsgeschäft in die Form des unwahren Tatsachengeständnisses einkleide (z.B. Forderungsbegründung, Verzicht, Erlaß etc.).¹

In beiden Fällen sei das Gestehen einer Tatsache wenigstens insoweit eine Willensaktion, als ein Äußerungswille zum Ausdruck komme, dessen Quelle im ersten Fall im Trieb zum Wahrheitsbekenntnis, im zweiten Fall im Verfügungswunsch zu sehen sei.²

Da ein solcher Äußerungswille, der dem heutigen Handlungswillen gleichzusetzen ist, das außergerichtliche Tatsachengeständnis jedenfalls noch nicht zum Dispositionsakt aufwerten kann, gehört nach Ansicht Wachs ferner der ernstliche Bekenntniswille (ein reduzierter animus confitendi, d.h. das Wissen des Gestehenden, daß sein Geständnis gegen ihn in einem Prozeß benutzt werden kann) zum Begriff des außergerichtlichen Tatsachengeständnisses. Soll ein solches Geständnis nur ein Beweismittel sein, so braucht dieser Wille nicht umständlich ermittelt zu werden, da jedenfalls der Erfahrungssatz gilt, daß niemand geneigt ist, ohne gute Gründe rechtsnachteilige Tatsachen einzuräumen.³

Während die These vom Beweismittelcharakter des außergerichtlichen Tatsachengeständnisses selbst einschließlich der spezifischen Komponente des ernsthaften Bekenntniswillens (unser heutiger Erklärungs- und Geschäftswille) Zustimmung verdient, verstößt die These vom Dispositionscharakter samt Bindungswirkung gegen die gesetzliche Regelung

1 Wach, S. 227

2 ders., S. 216

3 ders., S. 217

des § 288; denn unabhängig von der auch beim gerichtlichen Geständnis auftauchenden und dort behandelten Frage, ob die Bindungswirkung des Gerichts wie der Partei auf einem Dispositionsakt des Gestehenden beruht, steht nach der bisherigen Untersuchung bereits fest: Die Bindungswirkungen (§§ 288, 290) können nur beim gerichtlichen Geständnis eintreten, wenn eine Partei vor dem Prozeßgericht ein Faktum "behauptet" und der Gegner dieses Faktum "zugesteht". Beim außergerichtlichen Geständnis aber streiten sich die Parteien vor dem Prozeßgericht gerade um ein Faktum, zumindest aber um die Wirksamkeit eines dieses Faktum betreffenden Geständnisses, das nicht vor dem Prozeßgericht abgegeben wurde und damit gerade keine Prozeßhandlung in diesem Verfahren darstellt.

Eine Bindung gem. §§ 288, 290 kann daher auch nicht aufgrund des materiellen Rechtsgeschäftscharakters mancher außergerichtlichen Geständnisse¹ eintreten.

Die Ausführungen Wachs zum gerichtlichen Geständnis beginnen zeitgemäß mit einer kurzen Stellungnahme zu der Lehre von den Rechtsgeschäften.² Im Rechtsgeschäft (Tatbestand, der nach seiner objektiven Zweckbestimmung dazu bestimmt sei, Recht zu schaffen) sei das bewußte Wollen der rechtsgestaltende Faktor. Daher könne man die Existenz prozessualer Rechtsgeschäfte mit der These bestreiten, alle Handlungen im Prozeß seien Fakta, die lediglich kraft des Prozeßmechanismus, nicht durch das Medium des Parteiwillens ihre rechtsändernde Kraft gewinnen. Es gebe zwar solche Erscheinungen im Zivilprozeß. Dieser kenne aber auch in nicht unerheblicher Zahl Willensakte der Parteien, welche als

1 vgl. die von Wach gewählten Beispiele, S. 227 (Forderungsbegründung, Verzicht, Erlaß, Eigentumsübertragung, Darlehen)

2 ders., S. 238ff

solche die gegebene prozessuale Rechtslage der Parteien änderten.¹ Das gerichtliche Geständnis erfülle die Voraussetzungen eines solchen (einseitigen) prozessualen Rechtsgeschäfts, weil in ihm ein Feststellungswille zum Ausdruck komme, getragen vom Bewußtsein des durch das Geständnis verursachten Ausschlusses richterlicher Kognition (Wahrheitsprüfung) und der Herstellung fester Urteilsgrundlagen.² Das Geständnis sei angesichts einer Sachlage, welche die definitive Feststellung einer Tatsachenbehauptung zum unmittelbaren Zweck habe, von dem Willen getragen, die Tatsache unangesehen die Wahrheit als wahr gelten zu lassen. Dieser Feststellungswille sei "nicht der Wille, unter der Voraussetzung der Wahrheit einräumen zu wollen".³ In letzterem Falle liege zwar auch eine dispositive Willenserklärung vor, und die Partei könne sich dem nicht entziehen, daß aufgrund dieses Ausspruchs die Tatsache ohne Wahrheitsprüfung als wahr behandelt werde. Es liege aber kein Feststellungswillen, sondern nur ein reiner Geständniswille vor. In solch einem Fall solle das gerichtliche Geständnis nur Beweismittel sein und zum Widerruf der einfache Gegenbeweis genügen.⁴ Denn das geltende Recht (§ 263 DCPO) gehe - in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht - von der Annahme aus, daß die Anerkennung unangesehen die Wahrheit der Tatbestandsbehauptung erfolge, da es beim Widerruf den einfachen Gegenbeweis ablehne.⁵

1 Wach, S. 242ff

2 ders., S. 246ff; Wach bringt im Gegensatz zu Planck den Erfolgswillen positiv zum Ausdruck (vgl. Petersen, S. 23).

3 Wach, S. 248

4 ders., S. 249

5 ders., S. 248

Gerade aber dieser Schluß macht evident, daß Wach seine Argumentation von der Widerrufsregelung aus positivistisch im Rahmen des gemeinen Rechts aufbaut. Seine sorgfältig abgestufte Feststellungswirkungstheorie ist das letzte Glied einer Deduktionskette, die an den Irrtumsbegriff der Widerrufsregelung anknüpft und im Rückgriff auf den "animus confitendi" in den verschiedensten Modifikationen die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses zu erklären versucht.

Erst 20 Jahre später wird diese Theorie Wachs von Bülow ernsthaft in Frage gestellt, obwohl das Eingestehen einer Tatsache weit eher die Betätigung eines Äußerungswillens als die eines Verfügungswillens ist und so der Eindruck entstehen mußte, der Gesetzgeber habe in § 290 die Regelung des Widerrufs dem Ausnahmefall angepaßt, indem er den Irrtumsnachweis verlangte.¹ Denn beim Geständnistatbestand sind drei Fälle zu unterscheiden:

- (1) Der Gestehende ist von der Richtigkeit der Tatsache überzeugt.
- (2) Er ist vom Gegenteil überzeugt.
- (3) Er zweifelt.

Den ersten Fall wird man am häufigsten vorfinden.²

D Bülow (Übereinstimmungstheorie)

Wenngleich Bülow die Ableitung der Geständnisbindungen aus dem Parteiwillen schon seit langer Zeit für zweifelhaft nielt, bewegen ihn doch erst aktuelle Schwierigkeiten der Praxis bei der Einordnung der zuvorkommenden Geständnisse zu einer Analyse

1 vgl. Juchems, S. 17

2 vgl. Lehmann, S. 224

der Geständniswillenstheorie.¹ Nach dem Wortlaut der ZPO treten die Geständnisbindungen erst ein, wenn eine Partei eine bestimmte Tatsache behauptet und der Gegner diese Tatsache zugestanden hat. Hat eine Partei eine ihr ungünstige Tatsache - selbst mit Feststellungswillen - behauptet, bevor die andere Partei diese ihr günstige Tatsache vorgetragen hat (zuvorkommendes Geständnis), so treten die Geständnisbindungen erst mit dem korrespondierenden Vortrag der anderen Partei ein, d.h. sie treten nicht ein, wenn dieser Vortrag unterbleibt.

Die Begründung dieses heute unstreitigen Ergebnisses bereitete den damaligen Prozessualisten, deren Perspektive durch den in den Motiven erwähnten Verzichtsgedanken (Verzicht, den Vortrag des Gegners zu bestreiten und den Gegner damit zum Beweis zu zwingen) verengt war, erhebliche Schwierigkeiten.² Denn gemäß dieser Theorie konnte sich ein gerichtliches Geständnis nur auf eine vom Gegner

1 Bülow, Geständnis, S. 275

2 vgl. die Lösungsversuche bei Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 302 Anm. 120 a: "Die Nachholung der ausstehenden Behauptung wird fingiert nach der Regel: *ignorantis meliorem conditionem fieri posse*". Dagegen Planck, S. 322: "Der Zeit nach ist nur erforderlich, daß die Abgabe oder doch der Tatbestand der Erklärung dem Vorbringen des Angreifers folgt, weil sie ohne dieses gegenstandslos ist". Wittmaack (AcP 88, S. 56) hingegen kommt zum heutigen Ergebnis, da er das gerichtliche Geständnis unzutreffend lediglich als formales Beweismittel auffaßt. Zu dieser Auffassung und ihren Vertretern vgl. Bülow, S. 3 in der Anm. 2 und Hegler, S. 145f. Wetzell (S. 172) seinerseits geht diesen Schwierigkeiten dadurch aus dem Wege, daß er das Gesetz nicht beachtet: "Auch ist seines Geständnisses - Wirksamkeit unabhängig von der Akzeption des Gegners, und wenn daher eine Tatsache von einer Partei eingestanden wird, ohne zuvor von der anderen behauptet zu sein, so muß sie dem Richter nichtsdestoweniger als wahr gelten".

vorher behauptete Tatsache beziehen. Bei der Feststellungstheorie konnte dieses spezifische Problem nicht auftauchen; die Frage aber, warum der Gesetzgeber die Prämisse der zum Geständnis korrespondierenden Behauptung des Gegners zur Wirksamkeit des Geständnisses in § 288 aufgenommen hat, wird von ihrem Vertreter Wach nicht gestellt.

Bülow gliedert das Geständnis in Tatbestand und Wirkungsgrund auf und charakterisiert es nach eingehender empirischer Untersuchung wie folgt: "Das gerichtliche Geständnis ist die von einer Partei vor dem Prozeßgericht abgegebene Erklärung, daß eine der Partei zum Rechtsnachteil erreichende, vom Gegner behauptete Tatsache wahr ist".¹

1. Tatbestand

Das gerichtliche Geständnis sei immer eine Wahrheitserklärung. Es sei keine Wissenserklärung. Die Partei erkläre, daß etwas wahr sei, nicht aber, daß sie wisse, daß etwas wahr sei. Es liege auch keine Willenserklärung vor. Ein Geständnis sei eine gewollte Erklärung, aber keine Wollenserklärung oder die Erklärung von etwas Gewolltem.² Ein auf die beweisausschließende Wirkung gerichteter Parteiwille, eine Rechtserfolgsabsicht, irgend etwas wie ein Rechtsverfügungs-, Verzichts- oder Feststellungswille sei zum gerichtlichen Geständnis und zur Hervorbringung seiner eigenartigen Wirkungen nicht erforderlich. Der Wirkungswille, die Rechtserfolgsabsicht könne für den Rechtsbestand des gerichtlichen Geständnisses bloß ausnahmsweise für den Widerruf von Bedeutung werden.³

1 Bülow, Geständnis, S. 44

2 ders., S. 185

3 ders., S. 172f

Auch für das - äußerst seltene - unwahre Geständnis sei er von keiner Bedeutung. Hier liege zwar ein Verzichts- oder Feststellungswille vor. Die Erklärung dieses Willens sei aber nicht ein Bestandteil der Geständniserklärung, sondern Inhalt einer mit dem Geständnis verbundenen, von ihm verschiedenen Erklärung, die die Geständniserklärung motiviere.¹

Daneben verlangt Bülow in Auseinandersetzung mit Planck eine deutliche Wahrheitserklärung.² Die Erklärung des Nichtbestreitens und Nichtbestreitenwollens sei nur eine "Art von Neutralitätserklärung" (eben gerade noch keine rechtsverbindliche Wahrheitsbestätigung), die lediglich dem heutigen § 138 Abs. 3 zuzurechnen sei.³

Das gerichtliche Geständnis unterscheide sich von dem außergerichtlichen nicht in seinem Inhalt, sondern in seiner Erklärungsform; es werde vor dem Prozeßgericht innerhalb der für die Gerichtsentcheidung maßgebenden Prozeßverhandlung erklärt.⁴

1 Aus der Zielstellung seiner Arbeit heraus erliegt Bülow hier der Gefahr, die Willenskomponente zugunsten der Wahrheitserklärung ganz zu verdrängen (vgl. Rümelin AcP 103, S. 22).

2 Bülow, Geständnis, S. 105

3 ders., S. 12ff;
Planck teilt aber das Verhalten der Partei auf Behauptungen des Gegners in Erklären oder Nichterklären auf (S. 317, 323). Das Erklären bestehe im Bestreiten oder Zugestehen. In allen anderen Fällen handele es sich um ein Nichterklären. Wenn Bülow daher die Erklärung des Nichtbestreitenwollens nicht dem Geständnistatbestand zuordnet, so wird damit Planck noch nicht widerlegt (vgl. Walsmann AcP 102, S. 134f).

4 Bülow, Geständnis, S. 45

2. Wirkungsgrund

Die Bindung des Gerichts an ein gerichtliches Geständnis sei vom Gesetzgeber (Staat) entsprechend dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs konzipiert worden. Die Stellung des Staates zu den Privatrechtsangelegenheiten bedinge eine solche Regelung. Das "quieta non movere" sei für die Haltung des Staates in Anlehnung an die materielle Rechtsordnung die beste, die einzig richtige Politik, wenn beide Parteien eine Tatsache übereinstimmend vortragen.¹

Für die Parteienbindung führt Bülow keinen spezifischen Geständnisgedanken an. Er vergleicht vielmehr die Bindung der Partei an das Zugeständnis einer behaupteten Tatsache des Gegners mit den übrigen in der ZPO geregelten Fällen, in denen eine Partei an ihre abgegebene Erklärung sofort gebunden ist (z.B. Zustimmung des Beklagten zu dem vom Kläger gewählten nicht gesetzlichen Gerichtsstand oder zu der vom Kläger vorgenommenen Klageänderung).² Die Widerrufsmöglichkeit des Geständnisses im Gegensatz zu diesen Beispielen sei dadurch bedingt, daß es sich um sachliche Entscheidungsgrundlagen handle. Ein bewußt unwahres Geständnis könne aber gleichwohl nicht widerrufen werden, da es nicht durch einen Irrtum veranlaßt sei.³

Obwohl diese Ausführungen in der Auseinandersetzung mit der von Planck vertretenen Verzichtstheorie (gerichtliches Geständnis = Wollenserklärung)⁴ teilweise in das andere Extrem verfallen (gericht-

1 Bülow, Geständnis, S. 242ff; ihm folgend Petersen, S. 10.

Diese Theorie wurde schon von früheren Gemeinrechtlern vertreten, konnte sich aber nicht durchsetzen (vgl. Brackenhoeft AcP 20, S. 249f).

2 Bülow, Geständnis, S. 214

3 ders., S. 174

4 ders., S. 1, 25; vgl. § 2 II B dieser Untersuchung

liches Geständnis = Wahrheitserklärung), sind sie doch in ihren Grundaussagen von "epochemachender Bedeutung".¹ Nicht umsonst werden diese Ausführungen Bülows im Gegensatz zu denen seiner Vorgänger und Nachfolger noch heute in den meisten Geständnisabhandlungen ausführlich wiedergegeben. Der Grund dürfte zum einen in der - wenn auch unausgesprochenen - Wiederbelebung des AGO-Grundsatzes zu sehen sein:

Das Geständnis ist eine vom Willen der Parteien unabhängige Prozeßhandlung, die dem Richter über die Wahrheitsfindung hinweghilft.²

Zum anderen darin, daß Bülow nicht der Gefahr erlegen ist, diese Prozeßhandlung aus der von Gönner erst 1801 geschaffenen "Verhandlungsmaxime" herzuleiten. Ihr billigt Bülow lediglich Tendenzcharakter zu, der aber leicht dazu verführe, diese Tendenz wie einen schon fertigen, fest abgeschlossenen, unmittelbaren Prozeßrechtssatz zu behandeln.³ Bei der Argumentation mit solchen Prozeßrechtssätzen vertusche man nur allzu leicht die Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers.⁴

Ohne hier in eine Einzelkritik zu verfallen,⁵ sollen die entscheidenden Ansatzpunkte aufgezeigt werden, an die 4 Jahre später Hegler seine Theorie der "Streitlosstellung" anknüpft.

Obwohl die Geständniserklärung im Regelfall durchaus eine Wahrheitserklärung sein mag, gibt es doch auch Geständniserklärungen des Inhalts, die vorgetragene Tatsache sei zwar unwahr, aber ihr, der

1 Hegler, S. 203; Rümelin AcP 103, S. 20f

2 Bülow, Geständnis, S. 179

3 ders., S. 242 nebst der Warnung: "Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat".

4 ders., S. 242ff

5 vgl. dazu ausführlich Hegler, S. 203-218

gestehenden Partei, komme es auf diese Tatsache nicht an und sie gestehe sie daher zu.¹ Daher kommt es nur darauf an, daß die gestehende Partei die Tatsache durch ihr Geständnis in den Rechtsstreit einführen und damit ihrer eventuellen Verwendung als Urteilsgrundlage zustimmen will.²

Daneben ist auch die These Bülow's, die Erklärung, etwas nicht zu bestreiten oder nicht bestreiten zu wollen, beinhalte kein Geständnis,³ an dem Ansatzpunkt Bülow's zu messen, es müßten im Gegensatz zur Willenstheorie zwei übereinstimmende Wahrheitserklärungen vorliegen. Auch hier haben die Parteien doch erklärt, sich "ruhig" zu verhalten. Dabei ist die Friedenserklärung das wichtigere, nicht die Wahl der Worte.⁴

Das schmälert aber in keiner Weise die Leistung Bülow's, die Bedeutungslosigkeit der Willenskomponente im grundsätzlichen Zusammenhang zwischen Tatbestand und Wirkung des Geständnisses aufgezeigt zu haben.

E Hegler (Streitlosstellungsgedanke)

Hegler sieht das entscheidende Moment für die Anordnung des Prüfungsausschlusses des Gerichts darin, daß die gestehende Partei bzgl. einer ihr nachteiligen Tatsache einen Akt des Nichtbestreitens vornimmt.⁵ Dieses streitlose Verhalten (so

1 vgl. Juchems, S. 18; ob solche Erklärungen nach 1933 durch § 138 Abs. 1 der Geständnisbindung entzogen sind, wird in § 6 untersucht.

2 vgl. Petersen, S. 32

3 Bülow, S. 12ff

4 Daher hat sich insbesondere Rümelin bei der Würdigung der Person und Leistungen Bülow's um die Erweiterung der Wahrheitserklärung im Bülow'schen Sinne in Richtung auf ein "Geltenlassen wollen" bemüht (AcP 103, S. 21).

5 vgl. Hegler, S. 229; ihm folgend Lehmann, S. 232, der unter Berufung auf die Regelung des § 290 das Geständnis weder für eine reine Wissenserklärung noch Wollenserklärung hält (S. 230).

auch bei dem Schweigen und der Säumnis) habe den Gesetzgeber zum Prüfungsausschluß motiviert. Damit knüpft Hegler seine Überlegungen nicht an den erklärten Geschäftswillen einer oder beider Parteien,¹ sondern an das streitlose tatsächliche Verhalten einer Partei im Prozeß.² Die prüfungsausschließende Wirkung durch den Gesetzgeber beruhe darauf, daß durch diese Streitlosstellung eine Initiative zur Prüfung fehle.³ Diese maßgebende Stellung werde der Parteiinitiative - selbstverständlich - durch die Verhandlungsmaxime eingeräumt.

Diese prima vista überzeugend anmutende Theorie birgt zwei entscheidende Mängel in sich: Hegler sucht nach einem vermeintlichen gemeinsamen Grundgedanken, der der prüfungsausschließenden Wirkung des Geständnisses, Anerkenntnisses, Verzichts, Versäumnisses und Schweigens zugrundeliegt.⁴ Bei dieser Suche läßt er die Entstehungsgeschichte einzelner Regelungen zu sehr außer Betracht.⁵

Ferner erliegt er der von Bülow⁶ aufgezeigten

1 Nach Ansicht Heglers ist das Geständnis kein prozessuales Rechtsgeschäft, sondern nur eine mit rechtlichen Wirkungen bekleidete Handlung, speziell Erklärung, woran das Recht Wirkungen knüpft, unabhängig davon, ob eine Wirkung gewollt oder als gewollt erklärt oder innerlich gewollt ist oder keines davon der Fall ist (S. 225).

2 ders., S. 231

3 ders., S. 233

4 vgl. Juchems, S. 18

5 Der Gesetzgeber hat - wie bereits dargelegt - die prüfungsausschließende Wirkung beim Geständnis an das Verhalten beider Parteien angeknüpft, so daß der Gedanke der Streitlosstellung hier berechtigt ist. Beim Nichtbestreiten aber tritt die Bindungswirkung gerade nicht aufgrund der Streitlosstellung seitens des Nichtbestreitenden, sondern des einseitigen Vortrags der behauptenden Partei ein (vgl. § 5 I dieser Untersuchung).

6 vgl. Bülow, Geständnis, S. 242: "Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat".

Gefahr, die Verhandlungsmaxime als fertigen Prozeßrechtssatz zu behandeln, nachdem er a priori die Verhandlungsmaxime zwar nicht als prozessuales Pendant der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis, aber als durch den Prozeßzweck bedingte Maxime vorgegeben hat. So führt er wörtlich aus:

"Der Prozeßzweck ist die Bewährung des wirklichen Rechts, sein Ziel die Erreichung der Wahrheit, des gerechten Urteils. Und diesem Ziel dient auch nach der Auffassung des Gesetzes die Behandlung von Anerkenntnis, Verzicht, Geständnis, Versäumnis, Schweigen, wonach sich an die Ausschluß richterlicher Prüfung knüpft. Zu Grunde liegt der Schluß aus der Unterlassung der Bestreitung

Es ist der Gedanke: Wenn der Interessent, der am Bestreiten Interessierte - trotzdem durch die Situation klargelegt ist, daß sein Interesse Bestreiten verlangt, wenn er überhaupt ehrlicherweise bestreiten kann - nicht durch Bestreiten reagiert, sondern sei es ausdrücklich bejaht oder sein Nichtbestreiten erklärt, so ist zu schließen, daß er überhaupt nicht bestreiten kann".

Die Unbestreitbarkeit rechtfertigt den Schluß auf die Wahrheit.¹ Die Argumentation Heglers verläuft also in zwei Stufen: Der Prozeßzweck bedingt die Verhandlungsmaxime; diese bedingt die verschiedenen Prozeßrechtsregelungen.² Also ist danach der Schluß gerechtfertigt: Der Prozeßzweck bedingt die verschiedenen Prozeßrechtsregelungen.

Mit dem vielschichtigen Begriff des Prozeßzweckes³

1 Hegler, S. 239

2 mit Recht dagegen in neuester Zeit Rimmelspacher, S. 10: "Die Maximen sind Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck".

3 vgl. z.B. die drei Momente bei Rimmelspacher, S. 10

(1) Bewährung des objektiven Rechts

aber läßt sich in diesem Zusammenhang alles und nichts begründen. Daher soll in diesem Zusammenhang auf die sonst übliche Zusammenstellung der Theorien zum Prozeßzweck verzichtet werden.

Daß der Versuch Heglers scheitern mußte, den Übereinstimmungsgedanken Bülow's auf den allgemeinen Gedanken der Streitlosstellung zurückzuführen mit der der nichtbestreitenden Partei unterstellten Motivation, die Partei könne einen bestimmten Punkt gar nicht bestreiten, dürfte dadurch bedingt sein, daß Hegler's Ausführungen zum Geständnis der Sache nach nicht über Bülow hinausführen. Wenn Hegler aus dem Nichtbestreiten einer Tatsache das Nichtbestreitenkönnen dieser Tatsache und daraus die Wahrheit dieser Tatsache folgert, so liegt im Falle

(2) Sicherung und Durchsetzung subjektiver Rechte

(3) Wahrung des Rechtsfriedens
oder Henckel, S. 63: "Der Prozeß dient dem Zweck einer qualifizierten Rechtsausübung (Verfahren zur Ausübung subjektiver Privatrechte und privatrechtlich geschützter Interessen vor dem Gericht und mit Hilfe des Gerichts und dementsprechend durch das Prozeßrecht als Ordnung und Schranke dieser Rechtsausübung, S. 62). Um diesem Zweck zu genügen, muß das Prozeßrecht die Rechtsausübung so ordnen, wie es dem subjektiven Recht angemessen ist, d.h. nach Wertungskriterien, die mit denen der außerprozessualen Rechtsausübung zusammenstimmen".
Vgl. weiterhin den systemtheoretischen Ansatz Luhmann's, S. 55ff, wonach das gerichtliche Verfahren ein aus seiner Umwelt ausdifferenziertes soziales System ist. Die Teilnahme an seinem Rollenspiel verstrickt in eine gemeinsam akzeptierte Wirklichkeit, die zur Hinnahme von Entscheidungen motiviert. In der Absorption von Protesten liegt die Funktion von Verfahren, nicht aber in der Herstellung von wahren oder gerechten Entscheidungen.
Richtungsweisend dürfte jedenfalls ein bei von Hippel nachgewiesenes Zitat sein (S. 277): "Die Ermittlung der Wahrheit bildet nicht das, sondern ein Ziel des Prozesses".

der positiven Erklärung beim Geständnis in der Regel eine Wahrheitserklärung vor.¹

Daneben verkennt Hegler, daß beim Nichtbestreiten - es sei denn, die Partei erklärt ausdrücklich, sie bestreite eine Behauptung des Gegners nicht (§ 288) - keine rechtlich relevante Stellungnahme der Partei vorliegt; d.h. sie verhält sich passiv.²

Gegen Heglers Theorie spricht aber vor allem die Probe anhand des vorweggenommenen Geständnisses. Holt die Gegenpartei die korrespondierende, ihr günstige Erklärung nicht nach, weil sie z.B. sich nicht auf ein objektiv falsches Geständnis beziehen will, so kommt es zu keiner Geständnisbindung. Das zuvorkommende Geständnis scheidet also alle Interpretationsversuche aus, die Geständniswirkung nur auf das Verhalten einer Partei zurückzuführen.

F Pagenstecher (materiellrechtliche Dispositions-Theorie)

Pagenstecher ordnet zwei Jahre später (1905) das Geständnis als dispositive Einigung der Parteien ein, durch welche Tatsachen festgestellt werden.³ Das Geständnis bewirke für den Prozeß, daß Beweise über die zugestandene Behauptung nicht zu erheben seien. Auf das streitige Recht wirke es dazu rechtsändernd, wenn es bei der Urteilsfällung darauf ankomme, ob diese Tatsache "zugrunde zu liegen" sei oder nicht.⁴ Wenn die Tatsache für die

1 daher Juchems, S. 20: "verkappte Wahrheitstheorie"

2 vgl. Petersen, S. 33; vgl. auch § 4 dieser Untersuchung

3 Pagenstecher, S. 215-217

4 ders., S. 218f

Entscheidung irrelevant sei, so würden diese Wirkungen entfallen. Diese Ansicht stützt Pagenstecher auf seine Interpretation des § 290, wonach die Partei - so Pagenstecher - nur dann ihr Geständnis widerrufen könne, wenn sie nachweise, daß sie ihre Erklärung in Unkenntnis der durch sie eintretenden Rechtsänderung abgegeben habe und bei richtiger Kenntnis dieser Tatsache nicht gestanden hätte.¹

Diese Interpretation widerspricht aber dem unmißverständlichen Gesetzeswortlaut, wonach auch die im Augenblick irrelevante Tatsache keines Beweises mehr bedarf.²

Die mögliche rechtsordnende oder rechtsändernde Wirkung des Geständnisses auf die materielle Rechtslage ist daneben keine spezifische Folge des Geständnisses, sondern des Zusammenspiels von formellem und materiellem Recht. Das Gericht hat lediglich das ihm gegenüber abgegebene Geständnis seinem Urteil zugrundezulegen.³ Eine Einigung der Parteien ist nach dem Gesetz keinesfalls notwendig. Es reicht vielmehr aus, wenn zwei übereinstimmende Erklärungen vorliegen.

Im Ergebnis kann man die von Pagenstecher vertretene materiellrechtliche Dispositionstheorie den von Planck und Wach vertretenen Theorien gleichstellen, die mit dem Geständnis einen Erfolgswillen verknüpfen. Pagenstecher behauptet zwar zutreffend, das Geständnis wirke als Prozeßhandlung ohne Rücksicht auf einen Wirkungswillen oder eine Rechtserfolgsabsicht.⁴ "Gleichwohl spaziert bei ihm der Wille durch alle möglichen Pforten

1 Pagenstecher, S. 233

2 vgl. Walsmann AcP 102, S. 136 Anm. 138; Petersen, S. 29

3 vgl. dazu im einzelnen Petersen, S. 30

4 Pagenstecher, S. 223

wieder ins Haus hinein".¹

G Walsmann (Dispositionstheorie)

Die letzte große Abhandlung zum Streit um die Natur und Wirkung des gerichtlichen Geständnisses um die Jahrhundertwende findet sich bei Walsmann in seiner Abhandlung "Der Irrtum im Prozeßrecht".² Nach eingehender Untersuchung gliedert er den Meinungsstreit in zwei Hauptansichten auf: Das Geständnis beinhalte

- (1) eine Willenserklärung,
- (2) lediglich eine Wissenserklärung.

Vom rein logischen Standpunkt hält er beide Auffassungen für möglich. Das Gesetz habe sich aber auf den Standpunkt gestellt, daß das Geständnis eine Willenserklärung sei, worüber schon die Motive keinen Zweifel aufkommen ließen:³ "Leitend war der Gedanke, daß das gerichtliche Geständnis kein die Überzeugung des Richters bestimmendes Beweismittel, sondern eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht ist. Dieser Auffassung entspricht es, daß

- 1) der § 253 das gerichtliche Geständnis nur unter der Voraussetzung des Beweises der Unwahrheit und des Irrtums für widerruflich erklärt und daß
- 2) nach § 251 Abs. 2 zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses dessen Annahme nicht erforderlich ist".⁴

1 so Walsmann AcP 102, S. 136 mit Verweis auf Pagenstecher, S. 226ff. Dafür spricht insbesondere die Bemerkung Pagenstechers, das Geständnis als Ausdruck einer dispositiven Einigung zwischen den Parteien aufzufassen (S. 215).

2 wiedergegeben in AcP 102, S. 1ff (Geständnisrecht, S. 133-145)

3 Walsmann AcP 102, S. 137

4 Hahn, Motive, S. 278

Eine solche angebliche Dispositions (Willens-)theorie ist aber gerade in § 290 nicht konsequent durchgeführt worden, da es sich beim dort nachzuweisenden Irrtum um keinen Mangel im Willen handelt, obwohl ein solcher Mangel bei einer Willenserklärung nach der Willenstheorie doch gerade zur Widerruflichkeit hätte führen müssen, sondern in der Regel um den Irrtum über die Wahrheit des Geständnisses¹ - einen nach der Willenstheorie grundsätzlich unbeachtlichen Motivirrtum.² Diese Inkonsequenz versucht Walsmann damit zu erklären, für den Gesetzgeber habe noch innerlich die zweite Auffassung über das Geständnis nachgewirkt, welche die Wirkung desselben hauptsächlich in der Vermutung der Wahrheit und nicht in der formalen Verzichtserklärung der Partei sehe.³ Auch seien die Motive nicht maßgebend, wenngleich die gesetzlichen Bestimmungen sich durchaus mit der in den Motiven vertretenen Ansicht deckten: "Wenn das Geständnis nur Wahrheitserklärung wäre, dann müßte der Beweis der Unrichtigkeit genügen, um dem Geständnis die Wirkung zu entziehen".⁴

Diese "logische"⁵ Ableitung versucht Walsmann durch einen in der Praxis korrespondierenden Erfolgswillen zu erhärten, wobei dieser Nachweis sehr spärlich ausfällt, wenn er behauptet: "Man kann ... ganz allgemein behaupten, daß wer im Prozeß zugesteht, auch weiß, daß er an seine Erklärung gebunden ist, und dann ist es nur ein kleiner Schritt zu der Annahme, daß er dies auch wirklich will.

1 vgl. Walsmann AcP 102, S. 54

2 vgl. Petersen, S. 24; Walsmann, S. 52; Arens, S. 200

3 Walsmann AcP 102, S. 53

4 ders. AcP 102, S. 137

5 ders. AcP 102, S. 138

Dem Geständnis liegt demnach der Erfolgswille zugrunde, daß man die vom Gegner aufgestellte Behauptung einer Tatsache gegen sich als wahr gelten lassen und an die Geständniserklärung schlechthin gebunden sein will".¹

Von dieser Auffassung ist Walsmann später wieder abgegangen. In seiner Kommentierung zur ZPO führt er aus: "Der Umstand, daß das Gesetz bei irrtümlich abgegebenem Geständnis nicht bloß den Beweis der Wahrheit, sondern auch des Irrtums verlangt, zeigt, daß die ZPO von einem Geständnis ausgeht, das nicht bloß Wissenserklärung ist. Nach dem Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen in §§ 288ff braucht das Geständnis keine Wahrheitserklärung sein. Geständnis ist auch die Erklärung, die behauptete Tatsache sei unrichtig, aber man wolle sie zugestehen".²

Die damit angesprochene Theorie der alternativen Tatbestandsbestimmung des Geständnisses (Wissens- bzw. Wahrheitserklärung oder Wollenserklärung) vermochte den alten Streit über die Rechtsnatur des Geständnisses (Wissenserklärung und damit Beweismittel oder aber Dispositionsakt) nicht beizulegen.

Zudem führte die gesetzliche Verankerung der prozessualen Wahrheitspflicht in § 138 Abs. 1 im Jahre 1933 zu einer weiteren Verhärtung der Fronten, je nachdem, welches Gewicht man der Wahrheitspflicht

1 Walsmann AcP 102, S. 139, 143. Damit erklärt sich auch, daß Walsmann eine enge Verwandtschaft zwischen den "Rechtsakten" Anfechtung und Widerruf betont und über § 290 hinaus in bestimmten Fällen (u.a. Versprechen, Verwechseln) die Regeln des Allgemeinen Teils des BGB für anwendbar erklärt (vgl. heute Arens, der in diesen Fällen eine analoge Anwendung des § 290 bejaht - S. 203f; a.A. die h.M. vgl. u.a. Schwab JuS 1976, S. 69, 71).

2 in: Seuffert-Walsmann § 288 Nr. 1 a (12. Aufl., 1932)

beimaß.¹

II Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat zur Klärung des Streits um die Rechtsnatur des Geständnisses in der Zeit von 1877 bis 1933 wenig beigetragen. Sie hat sich im wesentlichen mit Randfragen beschäftigt, die die Erklärung, den Inhalt oder die Beschränkung des Geständnisses betrafen, und bei Beantwortung dieser Fragen das Geständnis gem. der überwiegenden Mehrzahl der Kommentatoren als prozessualen Dispositionsakt eingestuft.²

So hat beispielsweise das Reichsgericht entschieden, ein gerichtliches Geständnis erfordere seinem Begriffe nach die positive Erklärung, daß eine von dem Gegner behauptete Tatsache eingeräumt werde. Eine solche einräumende Erklärung könne in Verbindung mit etwaigen sonstigen Parteiäußerungen in der Erklärung, eine Tatsache nicht zu bestreiten, gefunden werden.³ Demgegenüber hatte das OLG Hamburg noch entschieden, die Erklärung, es solle etwas nicht bestritten werden, sei einem positiven Tun gleich und enthalte einen Dispositionsakt. Ein

1 vgl. u.a. Wieczorek § 288 Anm. A II a und Bernhardt JZ 1963, S. 245 (247) auf der einen Seite, Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 288 I 2 auf der anderen Seite; zum gegenwärtigen Stand vgl. auch Arens, S. 199 mit weiteren Literaturnachweisen

2 vgl. RGZ 10, 364 (Dispositionsakt, wodurch die eine Partei der anderen den ihr obliegenden Beweis erläßt), RGZ 58, 54 (Verfügung über einen Teil des Streitstoffes, über den zu verfügen die Partei berechtigt ist); vgl. auch die Übersicht bei Wieczorek § 290 A III

3 RGZ 40, 268 (1897)

solcher Dispositionsakt könne nicht auf die 1. Instanz beschränkt werden.¹

Die pragmatische Einstellung der Rechtsprechung läßt sich treffend am Beispiel der Rechtsprechung des OLG Hamburg erhellen. Sechs Jahre nach den in Fußnote 1) erwähnten Entscheidungen hält das OLG die Beschränkung des Nichtbestreitens einer gegnerischen Behauptung auf die 1. Instanz ohne Wirkung für die 2. Instanz (§ 532) für zulässig. Dabei bezieht es sich zum einen auf die von Planck theoretisch begründete und von fast allen damaligen Kommentatoren angenommene Lehre, daß das Geständnis eine Willenserklärung (Dispositionsakt) sei.³

Nichtsdestoweniger stützt es seine Ansicht aber auch auf die von Bülow vertretene Auffassung, in einem bedingten oder beschränkten Geständnis könne kein Geständnis (Wissenserklärung) gesehen werden, so daß der Beklagte den fraglichen Vortrag des Klägers noch in der zweiten Instanz bestreiten könne.

Wenn man daneben die bei Wieczorek⁴ wiedergegebene Geständniskasuistik des Reichsgerichtes betrachtet, in der die Begriffe "Verhandlungsgrundsatz", "Wissenserklärung", "Unwirksamkeit des unwahren Geständnisses" und "Geständnis als Verfügung über das streitige Recht durch Beweiserlaß"⁵ auftauchen, so ist der Schluß gerechtfertigt, daß die Rechtspre-

1 Seufferts Archiv 47 Nr. 164 (2. Zivilsenat);
52 Nr. 200 (1. Zivilsenat)

2 Seufferts Archiv 58 Nr. 250 (3. Zivilsenat)

3 In Anlehnung an die Kritik von Wittmaack (AcP 88, 73ff) und Bülow (Geständnis, S. 267ff) leitet das OLG gerade aus der Lehre vom Geständnis als Dispositionsakt die Möglichkeit ab, eine solche Bedingung hinzuzufügen.

4 Wieczorek, 1. Aufl., Bd. II Teil 1 § 288 A I b 2

5 so noch in der Rechtsprechung nach 1933; vgl. RG in Warn, Rechtsprechung Bd. 26 (1934) Nr. 191; Bd. 27 (1935) Nr. 107; Seufferts Archiv Bd. 89, S. 93

chung dieser Zeit der Dogmatik keine erhebliche Bedeutung zumaß, sondern "eine rein pragmatische Auswahl oder Kombination von Argumentations- und Interpretationsmitteln im Interesse einer sachrichtigen Entscheidung traf".¹

¹ dazu vgl. Esser, Vorverständnis, S. 7

§ 4 Die Nichtbestreitensregeln - Übersicht

I Die Nichtbestreitensregeln beim Verhandeln

Gem. § 138 Abs. 2 hat sich jede Partei über die vom Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären. Die verhandelnde (sonst gilt § 333) Partei kann nun ausdrücklich oder konkludent eine vom Gegner behauptete Tatsache zugestehen, substantiiert bestreiten und damit die Behauptung beweisbedürftig machen¹ oder nichts dergleichen tun, selbst wenn das Gericht gem. § 139 auf eine Erklärung drängt. Oft ist es dem Beklagten, der unerwartet verklagt wird, auch unmöglich, sogleich eine detaillierte Tatsachendarstellung abzugeben.² Die letztere Fallgruppe hat der Gesetzgeber in § 138 Abs. 3 geregelt:

"Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht".

Den Motiven läßt sich entnehmen, daß sich in der diesbezüglichen Bindung des Gerichts keine einheitlichen gemeinrechtlichen Grundsätze entwickelt hatten.³ Den maßgebenden Grund für die Bindung des Gerichts (Präjudiz der affirmativen Litiskonstestation) sehen die Verfasser der Motive darin, daß es bedenklich sei, dem Ermessen des Gerichts die Realisierung eines so eingreifenden Präjudizes zu überlassen und daß durch das dem Gerichte eingeräumte Fragerecht jede Gefahr entfernt sei, daß durch das angedrohte Präjudiz Härten für die Parteien entstehen könnten. Außerdem komme in Betracht,

1 vgl. Kress, S. 28

2 vgl. Münter, S. 47

3 Hahn, Motive, S. 214

daß die höheren preußischen Gerichte die Beibehaltung des Präjudizes der affirmativen Litiskontestation beinahe mit Einhelligkeit befürwortet hätten.

Den in § 138 Abs. 3 enthaltenen Regelungsmechanismus findet man in § 439 Abs. 1 und 3¹ wieder. Es wird ein Geständnis fingiert.² Damit wird das Gericht bzgl. dieser nichtbestrittenen Tatsache an die Behauptung der erklärenden Partei gebunden. Diese Bindung erreichte der Gesetzgeber in § 272 a Satz 1 2. Hs. seit dem Jahre 1924 bis zum 30.6.1977 dadurch, daß eine Behauptung des Gegners als nicht bestritten galt (vgl. § 138 Abs. 3), falls kein Schriftsatz bis zum Verkündigungstermin nachgereicht wurde.³

Die Bindungswirkung der §§ 290, 532 tritt jedoch nicht ein. Die Partei kann die zunächst nicht bestrittene Tatsache bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung und auch in der Berufungsinstanz noch bestreiten.

II Die Säumnisregeln

Bei Säumnis des Klägers ist der Kläger auf Antrag mit der Klage abzuweisen.⁴ Die Motive sprechen in diesem Fall von einem Präjudiz des Verzichts auf

1 für das Verfahren vor dem Amtsgericht vgl. die Abweichung von § 439 Abs. 3 in § 510

2 bzgl. der Ausnahmen der Bindungswirkung vgl. § 1 I A dieser Untersuchung

3 § 272 a fand in den Verfahren vor den Amtsgerichten keine Anwendung. Zum Tatbestand des § 272 a gehörte, daß eine Behauptung nicht rechtzeitig vor dem Termin dem Gegner mitgeteilt wurde (§ 132). Gem. § 129 Abs. 1, 2 bestand aber vor den Amtsgerichten keine Pflicht, vorbereitende Schriftsätze zu wechseln (KG MDR 1968, S. 503). Ba/L/Hartmann jedoch wollten § 272 a dann anwenden, wenn der Partei ein sachgemäßer Schriftsatz zuzumuten war - bis 35. Aufl. (§ 272 a Anm. 1).

4 zur Wirksamkeit des Versäumnisurteils gegen den Kläger vgl. Dietrich ZZP 84, S. 419ff

den Anspruch.¹ An das Nichtbestreiten durch Nichtverhandeln seitens des Beklagten hat der Gesetzgeber eine ausdrückliche Geständnisfiktion der Klägerbehauptungen geknüpft, wenn der Kläger ein Versäumnisurteil beantragt.² Liegen die Prozeßvoraussetzungen vor, so hat das Gericht also die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen unter Voraussetzung der §§ 132, 335 Abs. 1 Nr. 3 seinem Urteil zugrundezulegen und entsprechend der Schlüssigkeit zu entscheiden (§ 331), selbst wenn die Behauptungen des Klägers zweifelhaft erscheinen und kein oder nur ein unzulässiger Beweis angeboten worden ist.³ Erscheint hingegen der Kläger nicht, ergeht auf Antrag ein klageabweisendes Urteil (§ 330).⁴

Die Motive sehen hierin eine gleichmäßige Behandlung des Klägers wie des Beklagten. Dem Verzicht auf die Verteidigung entspreche auf der anderen Seite der angenommene Verzicht auf den Anspruch.

1 Hahn, Motive, S. 293; weitere Literaturnachweise bei Blomeyer § 54 Anm. III 2 b

2 Eine Ausnahme gilt für das klägerische Vorbringen zur Zuständigkeit des Gerichts nach § 29 Abs. 2 (Erfüllungsort) oder nach § 38 (Gerichtsstandsvereinbarung) seit der Gerichtsstandsnovelle vom 21. März 1974 (vgl. § 331 Abs. 1 S. 2).

3 vgl. Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung 1872, S. 293
Aufgrund der Vereinfachungsnovelle vom 3.12.1976 ist ab dem 1.7.1977 ein Versäumnisurteil auch ohne mündliche Verhandlung auf Antrag des Klägers möglich, wenn ein schriftliches Vorverfahren stattfindet (§ 331 Abs. 3 n.F.) und § 335 Abs. 1 Nr. 4 n.F. beachtet worden ist, d.h., dem Beklagten muß die Notfrist zur Verteidigungserklärung und die Belehrung über die Folgen des Unterbleibens dieser Erklärung mitgeteilt worden sein (§ 276 n.F.) (vgl. Putzo NJW 1977, S. 6).

4 zur entsprechenden Regelung in der Berufungsinstanz ab dem 1.7.1977 vgl. §§ 542 i.V.m. 532; zum Versäumnisurteil in Statusprozessen vgl. Prütting Z郑 91, S. 197ff

Diese evidente Ungleichbehandlung (dem Gericht wird zugemutet, den ausgebliebenen Kläger schematisch abzuweisen und dem erschienenen Kläger blindlings zu folgen¹) veranlaßte von Hippel zu dem Vorschlag de lege ferenda, den § 330 ersatzlos zu streichen.² Auch der Kläger solle dem § 331 unterworfen werden, weil sonst der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien verletzt werde. Diese Ungleichbehandlung liegt jedoch zu Recht darin begründet, daß dem Initiator des Verfahrens auch eine schärfere Last zur Durchführung aufzuerlegen ist.³ Dieser Gedanke taucht auch in § 345 (2. Versäumnisurteil) auf, nachdem die säumige Partei die Rolle des Initiators übernommen hat.

Die Geständnisfiktion des § 239 Abs. 4 entspricht in ihren Grundzügen der Regelung des § 331. Erscheinen die Rechtsnachfolger im Termine nicht, so wird die Rechtsnachfolge als zugestanden angenommen und durch Versäumnisurteil ausgesprochen, daß das Verfahren aufgenommen ist.⁴ Hat der Gegner gem. § 239 Abs. 2 den Antrag gestellt, den Rechtsnachfolger zur Aufnahme und zugleich zur Hauptsache zu laden, so tritt, wenn der Geladene nicht erscheint, neben die Wirkung des § 239 Abs. 4 die der §§ 330, 331 und 331 a, d.h., es ergeht zusätzlich in der Sache ein Versäumnisurteil oder eine Entscheidung nach § 331 a.⁵

1 vgl. von Hippel, S. 417

2 ders., S. 418

3 vgl. Münter, S. 50ff

4 vgl. Hahn, Motive, S. 250

5 vgl. Thomas-Putzo § 239 Anm. 5 c bb

§ 5 Die Erklärung des Fiktionsgedankens

I Übersicht über die Lösungsansätze

Die Entschlüsselung des Fiktionsgedankens zählte nach der Konzipierung der ZPO zu den Lieblingsthemen der Prozessualisten. Fest stand nur, daß der Gesetzgeber die Rechtswirkungen eines anderen Tatbestandes dadurch erzeugt, daß er den Richter anweist, etwas als geschehen anzunehmen, was nicht geschehen ist.¹

Es würde den Rahmen der Arbeit sprengen, wenn man an dieser Stelle den Verlauf der damaligen Kontroversen auch nur annähernd vollständig darstellen wollte.² Im wesentlichen kristallisierten sich vier Lösungsansätze heraus: Die prüfungsausschließende Wirkung ist

- (1) eine Strafe wegen Verletzung der Erklärungs³pflcht³
- (2) eine zwangsweise Verwirklichung einer nichterfüllten Erklärungs⁴pflcht⁴
- (3) eine Folge der Nichtausübung, Versäumung eines Verteidigungs⁵rechtes⁵
- (4) Folge der Streitlosstellung des Interessenten.⁶

Es ist bemerkenswert, daß der Sanktionsgedanke, der den ersten zwei Lösungen zugrunde liegt, entgegen

1 vgl. Bülow AcP 62, S. 3f

2 Eine umfassende Darstellung der Theorien zu den "Ungehorsamsfolgen" findet man bei Schima, S. 235ff.

3 vgl. u.a. Degenkolb, S. 18ff; schon Guyet (1857) ordnete in seiner grundlegenden Untersuchung das fingierte Geständnis als Ungehorsamsstrafe für einen begangenen prozessualischen Ungehorsam ein (AcP 40, S. 148).

4 vgl. u.a. Wach, Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart VII, S. 160f

5 vgl. Bülow AcP 62, S. 22, 31ff

6 vgl. Hegler, S. 242f

der Auffassung Blomeyers auch heute noch von zahlreichen Autoren aufrechterhalten wird.¹ Diese Konstruktionsversuche, insbesondere die Theorie Bülow's von der Versäumung eines Verteidigungsrechtes, haben entscheidend dazu beigetragen, Grundlinien unseres Prozeßsystems transparent zu machen. Bülow zeigte zum einen auf, daß mit Hilfe der Einlassungsfiktion die Zweiseitigkeit der altrömischen und altkanonischen Litiskontestation - d.h. der Grundsatz, daß zum Eintritt in das prozessualische Aburteilungsverhältnis (judicium) nicht bloß die Klage und die Klagemitteilung, sondern auch das judicium accipere, die Einlassung gehöre - in das moderne Recht gerettet werden konnte.²

Daneben wies er nach, daß auch die Geständnisfiktion dogmatisch dem romanischen Beweissystem zuzuordnen ist und - obwohl sie im Grunde nur eine Klarstellungsfunktion erfüllt - deutschrechtliche Grundzüge des Abwehrprinzipes in das romanische Beweissystem einbettet.³

II Historische Grundlagen dieser Fiktionen

A Fiktionen der Litiskontestation

1. Der Einlassungszwang

Der "solennis ordo" des romanischen Prozesses im Mittelalter stellte im Anschluß an römischen Rechtsquellen entnommene Vorschriften das Erfordernis der

1 vgl. Blomeyer § 54 Anm. II; Bomsdorf spricht von einer Erklärungspflicht der Parteien und einer Strafsanktion für unterlassene Erklärungen (S. 244 Anm. 11). Des weiteren vgl. Arens, S. 199 Anm. 21: Sanktionsgedanke im Versäumnisverfahren; Henckel, S. 14

2 Bülow AcP 62, S. 17; Esser, S. 93: "Die konkreten historischen Entstehungsgründe sind mit der positiv-rechtlichen Bedeutung in keiner Weise identisch. Die Fiktion ist dogmatisch bedingt".

3 Bülow AcP 62, S. 27ff

Einlassung des Beklagten auf.¹ Um diesen Einlassungszwang durchzusetzen, griff man zum Mittel der Einweisung des Klägers in das Vermögen des im ersten Termin säumigen Beklagten, zur Exkommunikation und - im Kameralprozeß - zur Reichsacht.² Trotzdem konnte der Beklagte durch Nichterscheinen seiner Verurteilung entgehen. Daher wurde im italienischen Statutarrecht ab dem 12. Jahrhundert und in der päpstlichen Gesetzgebung (Clementina Saepe aus dem Jahre 1306) der Einlassungszwang für das kanonische Recht praktisch aufgehoben.³ Diese Entwicklung setzte sich in der ältesten Gerichtsordnung des gemeinen Rechts fort. So bestimmte die Kammergerichtsordnung von 1495 im § 19, daß das Gericht auch bei Ungehorsam des Beklagten auf Antrag des Klägers ein Sachurteil fällen sollte.⁴ Der jüngste Reichsabschied von 1654 hat dann im

1 Bülow AcP 62, S. 11; vgl. auch die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung bei Rosenberg-Schwab § 108 I 2

2 Blomeyer § 54 Anm. I 1; Bülow AcP 62, S. 11

3 Bülow AcP 62, S. 12

4 "Würd auch der antwurter - vor befestigung des krieges ungehorsam, so sollte doch auf der klägers anruffen durch das gericht zu Acht und aber Acht, auch zu dem einsatz ex primo decreto wider den ungehorsamen antwurter procediert werden oder soll das Gericht auff begeren des klagers kundschafft und ander fürbringen hören und volfahren und endlich urtheil geben, welchen weg der klager fürnemen wirt". zitiert nach Bülow AcP 62, S. 13

§ 36¹ den Einlassungszwang endgültig beseitigt.²

2. Die Fiktion der Einlassung (poena contumaciae)

Gemäß den obigen Prozeßordnungen konnte gegen den Beklagten ohne dessen Einlassung verhandelt werden. Trotz der grundsätzlichen Aufgabe des romanistischen Zweiseitigkeitsprinzips der "prozeßbegründenden" Parteitätigkeit (Einlassungszwang des Beklagten) hielt die Doktrin sowohl des kanonischen als auch des gemeinen Prozeßrechts gleichwohl unverbrüchlich an dem Prinzip des "judicio contrahitur" fest und zwar bei den rechtlichen Folgen der contumacia, wenn der Beklagte sich nicht eingelassen hatte.³ Man hatte entweder nicht sofort den Mut oder die klare Erkenntnis, mit den alten Begriffstraditionen zu brechen und griff zu der in der romanischen Prozeßliteratur und Stadtgesetzgebung häufig anzutreffenden fictio litis contestationis.⁴

Nachdem die Verfasser der Kammergerichtsordnung von 1555 in dem Contumazialtitel (Buch 3 Titel 43 - "Von deß nit erscheinenden Antworters ungehorsam

1 "Würde hierauff nun der Citierte nit alsobald in solchem Termine erscheinen und also der Kläger gegen ihme in contumaciam zu procediren getrungen: So verbleibt es bey der Ordnung und bisherigen üblichem Gerichts-Brauch, daß der Kläger - zugelassen seyn solle, gegen den ungehorsamen und nicht erscheinenden Antwortter in contumaciam (jedoch mit hinfüriger Aufhebung der bisherigen gebräuchlichen zweyen Wegen, entweder uff die Poen der Acht oder immission ex primo vel secundo decreto zu procedirn) in der Hauptsach ordentlichlicher weiß bis zu End nach belieben zu verfahren".
zitiert nach Bülow AcP 62, S. 13

2 Blomeyer § 54 Anm. I 1

3 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, S. 94f; Bülow AcP 62, S. 14ff

4 Bülow AcP 62, S. 15, 16 Anm. 11

in erster Instanz") in § 1 die Einlassung des Beklagten für nicht notwendig erklärt hatten, formulierten sie in § 4:

"Wo aber der Kläger disen weg, mit erklerung der Acht, auch den andern mit der eynsetzung ex primo decreto, fallen lassen und in der Hauptsach fürfahren wolt, soll auf sein anrufen, nach beschehenem ruffen auch verscheinung der dreyen Gerichtstäg, der K r i e g i n c o n t u m a c i a m f ü r b e f e s t i g t a n g e n o m m e n - werden".¹

Es mag hier dahingestellt bleiben, ob die Theorie von Bülow richtig ist, jene Fiktion der KGO sei ursprünglich als bloße Verweisung gedacht gewesen und sei erst von den Gemeinrechtlern aufgrund ihres "spezifischen Juristenglaubens" für eine Art juristischer Wahrheit gehalten worden, oder eher die Theorie von Esser, auch der Gesetzgeber habe schon damals im Banne jenes Dogmas der Litiskontestation zu der Fiktion gegriffen.² So wurde jedenfalls das alte Dogma des Zweiseitigkeits- und Mitwirkungsprinzips bis in die Zivilprozeßordnung von 1877 gerettet³ und damit das an sich gegebene deutsch-

1 zitiert nach Bülow AcP 62, S. 16

2 vgl. dazu Esser, S. 95 Anm. 48

3 vgl. Esser, S. 95 mit weiteren Literaturnachweisen. Daneben vgl. Hahn (Motive, S. 293), der vom Präjudiz der affirmativen Litiskontestation im Gegensatz zur Fiktion der negativen Litiskontestation im Eremodizialverfahren (vgl. Rosenberg-Schwab § 108 Anm. I 2 b) spricht. Hier zeigt sich die Verwirrung in der Litiskontestationslehre am deutlichsten. Teilweise hält man am römischen Litiskontestationsbegriff fest, teilweise zieht man den Begriff Litiskontestation nur für die Einlassungserklärung des Beklagten heran, und schließlich gebraucht man - wie die Verfasser der DCPO - diesen Begriff für die Erklärung über die Wahrheit der Klagetatsachen (vgl. Bülow AcP 62, S. 22 Anm. I 7). Im Gesetz wird der Begriff der Litiskontestation nicht erwähnt. Der Sache nach hat sich der Gesetzgeber der ZPO gänzlich von der alten Litiskontestation gelöst, indem er die entscheidenden Wirkungen bereits mit der Klageerhebung verbindet (§§ 263, 267).

rechtliche Abwehrprinzip überdeckt, wonach die Rechtswirkungen der Prozeßbegründung aufgrund einseitigen Parteihandelns zustandekommen.¹

B Die Fiktion des gerichtlichen Geständnisses

1. Deutsche und romanistische Beweisauffassung

Auch die Fiktion des gerichtlichen Geständnisses ist das Ergebnis beharrlichen Festhaltens der gemeinrechtlichen Doktrin an der romanistischen Prozeßauffassung mit dem Versuch, "eine deutschrechtliche Auffassung theoretisch mit dem übernommenen romanistischen Beweissystem in Einklang zu bringen".² Die deutschrechtlichen Beweisregeln beinhalteten, daß "die Ehre und Treue des rechtsuchenden Volksgenossen eine hinlängliche Bürgschaft für die Wahrheit seiner Behauptungen sei".³ Diese Behauptungen konnten vielfach nicht einmal durch einfaches Bestreiten entkräftet werden (Überwindungsprinzip).⁴ Somit war die Beweisbedürftigkeit einer Behauptung bedingt durch das Verhalten der gegnerischen Partei, d.h., beim Nichtbestreiten war das Gericht jedenfalls ohne Beweisaufnahme an den einseitigen Parteivortrag gebunden. Das römische Recht hingegen maß dem - egoistischen - Vortrag des Klägers allein keine beweisüberhebende Bedeutung zu, sondern sah nur bei einem Geständnis von einer Beweiserhebung bzgl. der Klägerbehauptungen ab.⁵ Um nun nicht zur Beweisbedürftigkeit einer nichtbestrittenen Behauptung zu kommen, konnte es für die Romanisten für diesen Fall (§ 138 Abs. 3)

1 vgl. Bülow AcP 62, S. 54

2 Esser, S. 94

3 Esser, S. 93; zur Eigenart des germanischen Prozesses vgl. außerdem § 2 III A 2 dieser Untersuchung

4 vgl. Bülow AcP 62, S. 32

5 vgl. Esser, S. 93

"keine andere Erklärung geben, als die einer fingierten "Präjudizialwirkung des Nichtbestreitens" nach Art des Geständnisses".¹

2. Die Geständnisfiktion (poena confessi)

Die beweisüberhebende Wirkung des Nichtbestreitens läßt sich in ihren Ansätzen bis auf das römische Recht (Institut der interrogatio in iure) und das kanonisch-romanische Recht (das mit Einrichtungen des germanischen Prozesses zusammenhängende Positionenverfahren) zurückverfolgen.² Auch das gemeine Recht knüpfte an das Nichtbestreiten eine solche Wirkung (vgl. § 49 JRA: " ... und wenn nicht pure et simpliciter, lauter und richtig geantwortet worden: als dann der oder derjenige Artikul für gerichtlich gestanden und der andertheil zu keinem ferneren Beweis gehalten sein soll").³

Diese Fiktion ließ sich besonders leicht auf die auf römisch-kanonischen Rechtsanschauungen gewachsenen Vorstellungen der poena confessi zurückführen.⁴ Ursprünglich verband man nur mit dem gerichtlichen Geständnis eine beweisausschließende Tatsachengewißheit. Dann genügte für die Exekution nach kanonischem Recht das bloß behauptete Recht, ohne daß es zu einer Wahrheitsprüfung kam, wenn der Beklagte sich nicht auf den Prozeß einließ. Unterließ der Gegner (Ponat) hingegen die Beantwortung einer positio, so wurde die Tatsache als wahr angenommen, d.h., sie wurde fingiert.⁵ Damit trug

1 Esser, S. 94 unter Hinweis auf den von Bülow (AcP 62, S. 28ff) geführten Nachweis

2 vgl. Guyet AcP 40, S. 150; vgl. Bülow AcP 62, S. 28 mit weiteren Nachweisen

3 vgl. Bülow a.a.O.

4 vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 281, 304; Esser, S. 62

5 vgl. Bülow, Geständnis, S. 238f; Brackenhoeft AcP 20, S. 401

man dem Phänomen Rechnung, daß neben dem gerichtlichen Geständnis nun auch das Schweigen des Gegners beweisausschließende Tatsachengewißheit bewirkte.¹

Durch diese poena confessi blieb einerseits die romanistische Beweisauffassung gewahrt; andererseits wurde das Nichtbestreiten durch die Gleichsetzung mit dem gerichtlichen Geständnis dem Geständnisrecht untergeordnet. Hier blieben dann nur die "unbedeutenden" Unterschiede zum gerichtlichen Geständnis zu erörtern (keine Widerrufsbeschränkung und Nachholbarkeit der Erklärung in der zweiten Instanz). Durch diese Gleichsetzung gelang es, den deutschrechtlichen Gedanken der Beweisüberhebung im Nichtbestreitensfalle in das herrschende romanistische Beweissystem einzuordnen.²

Man hätte nun annehmen können, daß mit der bereits erwähnten Darstellung Bülows der Streit um die hier interessierenden Fiktionen ein Ende gefunden hätte. Dazu aber waren die Schlußfolgerungen, die Bülow aus seiner Entdeckung ableitete, nicht angetan. So führte er aus, daß für die gesamte Parteitätigkeit von der Klageerhebung bis zum Endurteil das

1 Bülow AcP 62, S. 52

2 Esser, S. 94

Dies geschah in beinahe allen Landesprozeßordnungen (gemeines sächsisches Prozeßrecht von 1572; Allgemeine Gerichtsordnung von Preußen 1793; Prozeßordnung von Baden 1851; Allgemeine bürgerliche Prozeßordnung von Hannover 1850; Braunschweigische Civilprozeßordnung 1850; Frankfurter Recht von 1819). Dieser Grundsatz des fingierten Geständnisses wurde nur in wenigen Prozeßrechten u.a. dem bayrischen nicht aufgenommen. Dort wurde vielmehr der Grundsatz des gemeinen Rechts bestätigt, daß der Ungehorsam der Einlassung die Fiktion der geschehenen Verneinung der Klage nach sich ziehen soll (vgl. Guyet AcP 40, S. 154f).

Rechtsverwirkungsprinzip (Präklusionsprinzip) bestehe,¹ der Zivilprozeß ein Kampf ums Recht sei² und diese Grundanlage ein Sieg der deutschen über römische Rechtsanschauungen sei.³ Diese einseitige Verherrlichung deutschrechtlicher Grundzüge im liberalistischen Zeitgeist mußte bereits seinen damaligen Zeitgenossen befremdend erscheinen, erst recht aber den Prozessualisten, die diese Thesen aus dem Blickwinkel der späteren Entwicklung der ZPO (vgl. §§ 138 Abs. 1, 141 Abs. 3, 272 b⁴, 282, 448) untersuchten. Daher vermochte Bülow trotz seiner grundlegenden Entdeckung, daß die Fiktionen der §§ 138 Abs. 3, 331 ursprünglich der romanistischen Theorie von den vertraglichen Mitwirkungspflichten des Beklagten und den Prozeßstrafen der poena confessi und poena contumaciae entstammen, die Diskussion um den systematischen Zusammenhang dieser prozessualen Fiktionen nur zu beleben, nicht aber zu beenden.

Hier muß man neben den zu weit gehenden Schlußfolgerungen Bülows auch die liberalistische Prozeßtheorie allgemein sowie die Entstehungsgeschichte der ZPO als ursächlich einstufen. Während die erstere Prozeßpflichten, als deren Korrelat man die Geständnis- und Einlassungsfiktionen versteht, verneinte und nur von Prozeßlasten sprach,⁵ deutete die Entstehungsgeschichte trotz der Bezugnahme auf das "Präjudiz der affirmativen Litiskontestation" auf eine Gestaltung der Regeln nach reinen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten hin.⁶

1 Bülow AcP 62, S. 60

2 ders., a.a.O., S. 88

3 ders., a.a.O., S. 96

4 seit dem 1.7.1977: § 273

5 vgl. Esser, S. 63

6 vgl. Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 330 Anm. I 1

So haben sich die Verfasser der ZPO im Falle des § 138 Abs. 3 ernsthaft mit der Möglichkeit auseinanderzusetzen, im Anschluß an das französische Recht und das der süddeutschen Länder das Präjudiz des Zugeständnisses in das richterliche Ermessen zu stellen.¹ Sie sahen die "Schwierigkeit der Aufgabe, im Falle lebendiger mündlicher Vorträge dem Gegner Satz für Satz zu folgen und sich in dem Gegenvorträge auf jede einzelne von dem Gegner behauptete Tatsache bejahend, verneinend oder modifizierend zu erklären".²

Im Versäumnisrecht zog man zum einen auch für die Säumnis des Beklagten die Konstruktion des § 330 in Betracht.³ Zum anderen verwarf man, um den Kläger nicht zu begünstigen, den Gedanken neuerer Gesetzgebungen, beim Ausbleiben des Klägers den Beklagten von der Instanz zu entbinden oder die Klage für nicht angebracht zu erklären (Zurücknahme der Klage).⁴

III Bewertung der Systematisierungsversuche

A Der Sanktionsgedanke Degenkolbs und Wachs

Die Ansichten, die prüfungsausschließende Wirkung beim Nichtbestreiten sei eine Strafe wegen Verletzung der Erklärungspflicht oder eine zwangsweise Verwirklichung einer nichterfüllten Erklärungspflicht, dürften heute nicht mehr haltbar sein, da diese Wirkung auch bei unverschuldeter Passivität

1 Eine solche Regelung gilt heute für den Fall der Versäumnis des Parteivernehmungstermins (§ 454), wo die Partei als Beweismittel auftritt (Gegensatz: § 141, wo die Partei ihrer Aufklärungspflicht nachkommt).

2 vgl. Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung 1872, S. 165

3 vgl. denselben Entwurf, S. 297

4 vgl. denselben Entwurf, S. 293

eintritt. Nach dem Grundsatz "nulla poena sine culpa" ist eine Strafe nur bei schuldhaftem Verhalten gerechtfertigt. Durch die prüfungsausschließende Wirkung wird die nichtbestreitende Partei auch in keiner Weise sanktioniert, da sie in jeder Lage des Verfahrens ihren Vortrag ergänzen oder ihre Säumnis durch Einspruch ohne Devolutiveffekt hinfällig machen kann.¹

B Die Abwehrtheorie Bülows

Dieser Systematisierungsversuch, die an das Nichtbestreiten anknüpfende prüfungsausschließende Wirkung sei eine verschuldensunabhängige Folge der Nichtausübung bzw. Versäumung eines Verteidigungsrechts, kann angesichts der einseitigen Verherrlichung deutschrechtlicher Grundzüge im liberalistischen Zeitgeist ("modernes Abwehrprinzip", "Verneinung einer Tatsachenbeantwortungspflicht"²) heute nach den einschneidenden Änderungen der Zivilprozeßordnung im 20. Jahrhundert³ keine uneingeschränkte Geltung mehr erheischen. Gerade nach der Anerkennung zahlreicher Prozeßpflichten anstelle von Prozeßlasten⁴ begegnet diese Theorie nunmehr erheblichen Bedenken.

Zudem bleiben bei diesem Ansatz auch die Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers nur ungenügend berücksichtigt. Solche Erwägungen können sich nicht

1 allerdings mit der Kostenfolge aus § 344

2 Bülow AcP 62, S. 30/32

3 vgl. § 5 II B 2 dieser Untersuchung

4 vgl. Kommissionsbericht 1961, in dem Pflichten der Parteien, "ihren Teil zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens beizutragen", als Korrelat der staatlichen Justizgewährung begriffen und prozessuale Nachteile bei Pflichtverstößen für gerechtfertigt erklärt werden (S. 169).

nur an der Interessenlage des Nichtbestreitenden orientieren. Hier wird vielmehr der Gedanke leitend gewesen sein, aus ökonomischen Gründen einen von einer Seite passiv geführten Prozeß möglichst zügig ohne Belastung des Gerichtes (richterliches Ermessen) zu beenden.

C Der Gedanke der Streitlosstellung bei Hegler

Auch die von Hegler vertretene Theorie, die prüfungsausschließende Wirkung sei eine Folge der Streitlosstellung des am Bestreiten Interessierten,¹ vermag den tieferen Grund für die Bindungswirkung des Gerichts nicht hinreichend zu erklären. Hegler schließt aus dem passiven Verhalten der nichtbestreitenden Partei, daß sie überhaupt nicht bestreiten könne und damit das Nichtbestrittene wahr sei. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden, da beim Nichtbestreiten gerade keine rechtlich relevante Erklärung vorliegt, an die der Gesetzgeber bei seinen Überlegungen hätte anknüpfen können. Sicherlich läßt sich der These Heglers der Erfahrungssatz entnehmen, daß in der Regel die nichtbestrittene Tatsache richtig ist, bzw. das Versäumnisurteil zu Recht ergangen ist, wenn kein Einspruch erfolgt.² Dennoch bleibt ungeklärt, warum die Bindungswirkung auch bei unverschuldetem Nichtbestreiten (z.B. Säumnis) eintritt.

D Der Befehlscharakter der Fiktionen bei Esser

Esser vertritt schließlich in der - soweit ersichtlich - einzigen grundlegenden systematischen Untersuchung der Rechtsfiktionen nach der dritten Novelle zum Zivilprozeß aus dem Jahre 1933 die Ansicht, der Fiktionstyp des § 138 Abs. 3 sei ein

1 Hegler, S. 240

2 Hegler, a.a.O.

Befehlsmittel des Gesetzes bei Versagen der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime, die der Partei die positive Rechtspflicht auferlege, an der Erreichung dieses Prozeßzieles mitzuarbeiten.¹ Demgemäß stelle die Fiktion des Tatsachengeständnisses nach § 331 eine durch (wenn auch nicht notwendig dauernde) Verwirkung eines Abwehrrechtes notwendig gewordene Ersatzregelung dar.²

Ausgangspunkt dieser "Einsicht in den systematischen Zusammenhang dieser prozessualen Fiktionen" ist die These, man müsse "die Wahrheitspflicht sowohl als auch die allgemeinen prozessualen Handlungspflichten als immanenten Bestandteil der Dispositions- und Verhandlungsmaxime begreifen, nicht aber als deren Einschränkung".³ Da die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime der Partei die positive Rechtspflicht auferlege, an der Erreichung des Prozeßzieles mitzuarbeiten (Förderungspflicht), könne man auch nicht nur eine Wahrheitspflicht anerkennen, eine Erklärungspflicht aber leugnen und nur von einer Erklärungslast sprechen.⁴ Komme eine Partei ihrer Erklärungspflicht nicht nach, so gelte mangels eines Besseren (einer wahrheitsgemäßen Erklärung des Nichtbestreitenden) die Behauptung der erklärenden Partei gem. § 138 Abs. 3 als zugestanden.⁵ Für den Fall der Säumnis des Beklagten habe der Gesetzgeber zur Ersatzregelung der Fiktion des Tatsachengeständnisses (§ 331) gegriffen, da der Beklagte seine allgemeine Förderungspflicht verletzt habe.⁶ Mit diesem

1 Esser, S. 61

2 ders., S. 64

3 ders., S. 62f

4 ders., S. 63f

5 ders., S. 61f

6 ders., S. 63f

Systematisierungsversuch rückt Esser durch die Betonung des Pflichtgedankens (Förderungs-, Wahrheits- und Erklärungspflicht) die in den Fiktionen enthaltenen Ersatzregelungen - trotz einer ausdrücklichen Beteuerung des Gegenteils¹ - wieder in die Nähe der gemeinrechtlichen poena confessi und poena contumaciae.² Nur durch die Hervorhebung, daß diese Regelungen auch bei unverschuldeter Passivität eingreifen, bei der eine Strafe nicht gerechtfertigt ist, vermag sich diese Ansicht vom gemeinrechtlichen Sanktionsgedanken abzusetzen. Sind diese Fiktionen aber keine Sanktionen für die Verletzung einer prozessualen Pflicht, sondern nur Ersatzregelungen des Gesetzgebers für den Fall des passiven Verhaltens einer Partei, so geht der Interpretationsansatz Essers trotz der Betonung mannigfaltiger Prozeßpflichten sachlich nicht über die Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers von 1877³ hinaus.

Die These vom Befehlscharakter dieser Fiktionen steht und fällt auch mit der Anerkennung der Wahrheitspflicht - Kernpunkt der Argumentation Essers -, von der er sowohl auf eine Erklärungs- wie allgemeine Pflicht der Parteien schließt, die Rechtsfindung als objektiven Zweck zu fördern.⁴ Ob es sich bei der Wahrheitspflicht wirklich um eine echte Rechtspflicht handelt, mag hier dahingestellt bleiben.⁵ Selbst wenn der Gesetzgeber aber ernst gemacht hätte mit § 138 Abs. 1, hätte er diese "Pflicht" nur als "Last" ausgestaltet, "deren sich die Parteien zu entledigen haben, wenn sie nicht riskieren wollen, infolge einer

1 Esser, S. 64 Anm. 65

2 ders., S. 65

3 vgl. dazu § 5 II B 2 am Ende dieser Untersuchung

4 vgl. Esser, S. 63f

5 vgl. dazu § 6 II B dieser Untersuchung

Prozeßflüge mit Erfolg versprechendem wahrheitsgemäßem Vorbringen ausgeschlossen zu werden".¹

Daneben findet die Ableitung einer Erklärungs- wie insbesondere einer allgemeinen Prozeßförderungspflicht aus § 138 Abs. 1 im Wortlaut der Regelung keinen Anhaltspunkt. Wenn auch entgegen der überholten Lehre des Positivismus² dem bis zum 30.6.1977 geltenden Recht mittelbar eine Prozeßförderungspflicht der Parteien zu entnehmen war, so kam diese jedoch lediglich in den Regelungen über eine Zurückweisung verspäteten Vorbringens (§§ 279 a.F., 279a a.F., 283 Abs. 2 a.F.) zum Ausdruck.

1 Niese, S. 72

2 zum Positivismus vgl. Goldschmidt, S. 106 (1932): "Es gibt grundsätzlich keine Parteipflichten mehr. Eine Ausnahme stellt § 141 dar - Pflicht zum persönlichen Erscheinen, da hier in Abs. 2 eine Sanktion vorgesehen ist".

3 vgl. EZPO 1974, S. 37 Bundestagsdrucksache 7/2729; der Grundsatz der Prozeßförderungspflicht ist erst in der Vereinfachungsnovelle vom 3.12.1976 ausdrücklich geregelt in § 282 Abs. 1 Satz 1 n.F.: "Jede Partei hat in der mündlichen Verhandlung ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere Behauptungen, Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden, so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozeßlage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung entspricht". Daneben wird für bestimmte Fälle konkret der Zeitpunkt bestimmt, bis zu dem ein erforderlicher Vortrag in das Verfahren einzuführen ist (vgl. für die Verpflichtung des Beklagten, sich innerhalb einer ihm gesetzten Frist auf die Klage zu äußern, und entsprechend des Klägers, fristgebunden zu replizieren - §§ 276, 277 n.F.). Es ist jedoch bei der Sanktionsregelung des alten Rechts geblieben (§§ 279 a.F., 279a a.F., 283 Abs. 2 a.F.), die nur dahin verschärft wurde, daß einfaches Verschulden reichen soll (§ 296 Abs. 1 n.F.), wenn Angriffs- und Verteidigungsmittel nach Ablauf einer hierfür gesetzten Frist vorgebracht werden und die Präklusion auch für die Berufung gelten soll (§ 528 Abs. 3 n.F. im Gegensatz zu § 529 Abs. 2 Satz 2 bis zum 30.6.1977).

IV Abschließende Betrachtung

Die historischen Entstehungsgründe dieser Fiktionen sind dem romanistisch orientierten Recht zuzuordnen; dieses fand neben deutschrechtlichen Grundzügen Aufnahme in den folgenden Prozeßordnungen. Aus Gründen der Praktikabilität und der Beibehaltung vermeintlich echter römischer Rechtsgedanken (Zweiseitigkeitsprinzip, poena confessi et contumaciae) griff man im kanonischen Positionenverfahren zum juristischen Hilfsmittel der Fiktion.

Die ZPO als ein vielschichtiges Amalgam römisch- und germanischrechtlicher Grundzüge verwendete die Fiktionen nach den Motiven aus Zweckmäßigkeitserwägungen zur Ausgestaltung des Zivilprozesses, der zu Beginn einem Kampf ums Recht glich. Nach Jahren der Erfahrung erhielt diese Zivilprozeßordnung in Anlehnung an die Österreichische Zivilprozeßordnung durch die Novellen von 1909, 1924 und 1933 ein soziales Gewand.¹ Die Fiktionen aber blieben.

Diese Fiktionen, deren prüfungsausschließende Wirkung nicht auf die Verletzung einer allgemeinen Prozeßförderungspflicht zurückzuführen ist, überlagern die deutschrechtliche Auffassung, daß ein einseitiger, nicht bestrittener Parteivortrag nicht des Beweises bedarf.

Der Gesetzgeber der Zivilprozeßordnung hat diese Fiktionen, deren Bindungswirkung unabhängig vom Verschulden beim Nichtbestreiten eintreten, aus prozeßökonomischen Gründen übernommen, um einen von einer Seite passiv geführten Prozeß möglichst zügig ohne Belastung des Gerichts (Beweiserhebung, Beweiswürdigung) durchzuführen oder zu beenden.

¹ "Aufgabe des Grundsatzes des laissez faire laissez aller", "Berechtigung und Verpflichtung des Staates, insoweit als das allgemeine Wohl dies erfordert, der freien Betätigung des Einzelegoismus Schranken zu setzen" (vgl. Entwurf 1931, S. 256f).

§ 6 Einfluß der Wahrheitspflicht (Novelle 1933)

I Überblick

Durch die Novelle vom 27. Oktober 1933 hat der Gesetzgeber den § 138 Abs. 1 neugefaßt:

"Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben".

Ursprünglich lautete der Absatz wie folgt:

"Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären".¹

Mit diesem entscheidenden Schritt zur sozialen Ausrichtung unter Distanzierung von der liberalistischen Auffassung von 1877² fand der Kampf um die - formelle - Einführung der Wahrheitspflicht in die ZPO ein Ende.

Vorher hatte man die Parteien zuerst für verpflichtet gehalten, eine Erklärung über die vom Gegner behaupteten Tatsachen abzugeben. Die Verletzung dieser Pflicht zog die Strafe des Geständnisses (poena confessi) nach sich. Später sah man im § 138 Abs. 1 alter Fassung ein Erklärungsrecht der Partei zum Bestreiten. Im Falle der unterlassenen Erklärung knüpfte man hieran mit dem Schlusse der mündlichen Verhandlung die Präklusionswirkung des § 138 Abs. 2 (jetzt: Abs. 3). Schließlich sah man in dieser Regelung nur noch eine Last, die die Parteien auf sich nehmen mußten, um einen ihnen günstigen Erfolg zu erreichen.³

1 § 129 Abs. 1 DCPO = § 138 Abs. 1 ZPO

2 vgl. Bomsdorf, S. 274; vgl. auch Brüggemann, S. 345: "Abbau des positionalen Kampfdenkens"

3 zu diesem Überblick vgl. Seuffert § 138

Anm. ... - C

Daher konnte sich Hellwig trotz der gewandelten Auffassung vom Wesen des Zivilprozesses¹ mit seiner Ansicht nicht durchsetzen. Eine Wahrheitspflicht sei zwar in der ZPO expressis verbis nicht konzipiert, so meinte er; sie werde aber durch das Wesen des Zivilprozesses gefordert, da dieser dem Rechtsschutz dienen solle und dieser Zweck durch eine Fälschung der Urteilsgrundlage vereitelt werde.² Vielmehr folgte man der Ansicht Rosenbergs,³ der - rein positivistisch - argumentierte, eine Wahrheitspflicht im Sinne einer Rechtspflicht bestehe nicht, da die ZPO keine Rechtsfolgen für eine Verletzung vorsehe.

Gleichwohl fand auch diese herrschende Auffassung ihre Schranken in § 263 StGB und § 826 BGB.⁴ Die natürliche Schranke aber stellt(e) § 286 dar, wonach das Gericht als erlogene erkannte Aussagen der Parteien nicht verwertet(e).⁵

1 vgl. Bernhardt JZ 1963, S. 246: "...die soziale Bedeutung des Prozesses und sein überindividuel-
ler Zweck als Bewährung der Rechtsordnung gegen
die ursprüngliche Ansicht vom individualistischen
Kampf ums Recht".

2 Hellwig § 139 Anm. IV 2 b

3 vgl. Rosenberg, 3. Aufl. 1931, S. 194 mit weite-
ren Literaturnachweisen. Vorher hatte insbesondere
Wach das Bestehen einer Rechtspflicht zur Wahr-
heit verneint (Grünh. Zeitschr. Bd. VI, S. 548).
Vgl. auch die ausführliche Übersicht bei Kress,
S. 9ff

4 vgl. Seuffert § 138 Anm. 1 c mit Verweisung auf
RGZ 95, 310 (313) aus dem Jahre 1919: "...wenn-
gleich in der maßgebenden Verfahrensordnung
(§ 138 Abs. 1 ZPO) eine Wahrheitspflicht nicht
ausdrücklich aufgestellt ist, wird doch in aller
Regel anzunehmen sein, daß die Mißbilligung der
bewußten Unwahrheit, der Lüge, ebenso wie sie aus
dem Prozeßzwecke, der auf die Pflege des Rechts
gerichtet ist, folgt, auch dem Anstandsgefühl
aller billig und gerecht Denkenden entspricht".

5 vgl. Henckel, S. 14; der Vortrag einer unwahren
Tatsache kann dann durchaus auch dazu führen, daß
das Gericht die Glaubwürdigkeit der Partei auch im
übrigen in Zweifel zieht (vgl. Mettenheim, S. 23).

Im Hinblick darauf vermag man sich kaum des Eindrucks zu erwehren, daß die Einführung der Wahrheitspflicht ohne direkte Sanktionen jedenfalls prima vista nur deklaratorischer und dekorativer Natur ist.¹

II Verhalten des Gesetzgebers

A Einleitung zur Novelle 1933

Die Einleitung zur Novelle 1933 vermag diesen Eindruck nicht zu verdrängen; eher verstärkt sie ihn noch durch ein "verschwommenes Moralisieren"²:

"Eine volkstümliche Rechtspflege ist nur in einem Verfahren möglich, das dem Volke verständlich ist und einen ebenso sicher wie schleunig wirkenden Rechtsschutz verbürgt. Die Parteien und ihre Vertreter müssen sich bewußt sein, daß die Rechtspflege nicht nur ihnen, sondern zugleich und vornehmlich der Rechtssicherheit des Volksganzen dient.

Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheiten irrezuführen oder seine Arbeitskraft durch böswillige oder nachlässige Prozeß-

1 Betont man hingegen nicht so sehr die historischen deutschen Rechtsverhältnisse, so kann man die Wahrheitspflicht des § 138 Abs. 1 nur als einen mächtigen "Fremdkörper" der ZPO bezeichnen (vgl. von Hippel, S. 443). In jedem Falle aber ist die Vorschrift des § 138 Abs. 1 eine "lex imperfecta", da nirgends bestimmt ist, was geschieht, wenn sie übertreten wird (Pagenstecher ZAKDR 1935, S. 973). Denn die Kostennachteile der §§ 91 (durch lügenhaftes Vorbringen entstandene Kosten sind nicht notwendig - vgl. Kress, S. 60), 95, 96, 278 Abs. 2 a.F., die Verzögerungsgebühr gem. § 34 GKG sowie die Möglichkeit einer eventuellen Ungebührstrafe des § 178 GVG (vgl. Hildebrandt, S. 15, OLG Hamm JW 1935, S. 3489) wird man nicht als solche spezifischen Bestimmungen ansehen können.

2 vgl. Grunsky § 19 V 1

verschleppung zu mißbrauchen.¹ Dem Rechtsschutz, auf den jeder Anrecht hat, entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozeßführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern".²

Die hieran anknüpfende Kritik Grunskys, die Wahrheitspflicht sei mit dem Verhandlungsgrundsatz unvereinbar, dürfte in ihrer Pauschalität am Kern der Sache vorbeigehen.³ Zum einen beruft er sich unzutreffenderweise auf Brüggemann, der sich unter Aufzeichnung der komplexen Thematik gerade wohlweislich hütet, einen solchen eindeutigen Satz aufzustellen.⁴ Zum anderen unterstellt er, indem er sich auf die Präambel beschränkt, dem Gesetzgeber 1933 eine Motivation, für die sich im maßgebenden "Entwurf einer Zivilprozeßordnung von 1931"⁵ keine Anhaltspunkte finden. Die Präambel ist - isoliert betrachtet - wenig geeignet, die Bedeutung des § 138 Abs. 1 klarzustellen. Denn

1 Deshalb ist also die u.a. von Titze vertretene Ansicht abzulehnen, die Wahrheitspflicht bestehe als primäre nur gegenüber der anderen Partei, woraus dann folge, daß die Wahrheitspflicht gegenüber dem Gericht nicht weiter reichen könne als gegenüber dieser Partei (S. 171). Damit entfällt auch die Basis für seine Schlußfolgerungen, Wahrheitsverletzungen einer Partei, die auf ihre Kosten gingen, seien als Dispositionsakt statthaft und wirksam (S. 172).

2 RGBl I 780. Daß es dazu machtpolitisch erst der Überwindung des Liberalismus durch den Nationalsozialismus bedurfte (so Kress, S. 18), dürfte wohl eher als ein zeitbedingter Tribut aufzufassen sein. Unabhängig davon bleibt aber festzuhalten, daß dieser Programmsatz nicht Gesetz geworden ist (Zeiss, S. 24).

3 vgl. Grunsky § 19 V 1

4 Brüggemann, S. 122ff

5 zur Heranziehung dieses Entwurfs vgl. Bomsdorf, S. 274; Hildebrandt, S. 7

ob ein Gericht durch unwahre Parteibehauptungen "irregeführt" wird, hängt davon ab, über welche Möglichkeiten die Parteien nach dem Gesetz verfügen, dem Gericht Tatsachen darzubieten.¹

B Begründung der Wahrheitspflicht im Entwurf 1931

Die Einführung der Wahrheitspflicht ohne Sanktionen für den Verletzungsfall² war eine notwendige Folge einer gewandelten Prozeßauffassung, wie sie sich auch in der als Vorbild dienenden österreichischen Prozeßordnung widerspiegelte, die die soziale Bedeutung des Prozesses in den Vordergrund stellte und die Freiheit der Parteien in der Prozeßführung einschränkte.³

Einerseits handelt es sich im Zivilprozeß um Privatrechte der Parteien, über die diese frei verfügen können; andererseits gehört der Zivilprozeß als staatliche Rechtsschutzeinrichtung dem "öffentlichen" Recht an.⁴ Gerade daher galt es, die neben Zweckmäßigkeitserwägungen insbesondere auf einer weltanschaulichen und wirtschaftlichen Einstellung beruhende Abgrenzung der Richter- und Parteienmacht von den Grundsätzen des Individualismus und dem manchesterlichen Gedanken des "laissez

1 vgl. Pagenstecher ZAKDR 1935, S. 973

2 Die Rechtslage ist nicht dahin zu beurteilen, daß der Gesetzgeber es der Rechtslehre und Praxis überlassen hat, nach den gegebenen Gesetzen zu untersuchen, ob und welche Folgen die Verletzung der Wahrheitspflicht nach sich ziehen kann (so so aber Kress, S. 3; Hildebrandt, S. 9).

3 Entwurf 1931, S. 286, 257. Der Grund dürfte in der Notwendigkeit zu sehen sein, den Prozeß im industriellen Zeitalter als soziale Massenerscheinung auszugestalten (vgl. Bomsdorf, S. 258).

4 Entwurf 1931, S. 255, 258

faire laissez aller" zu befreien.¹ Eine solche Prozeßordnung als Kampfregele war überholt, da die Rechtfertigung fehlte, "daß alle Menschen in der Verfolgung ihrer Interessen gleich geschickt und gleich tatkräftig sind".² Im Zuge einer gewandelten Prozeßauffassung hielt man es für erforderlich, die Initiative des Gerichts bei der Sachaufklärung zu verstärken.³

Die allgemeine Feststellung der Wahrheitspflicht sollte langfristig zu einem Wandel der Prozeßsitten führen, indem man die Lüge als gesetzlich verbotene Machenschaft apostrophierte. Über den Anwaltsstand, dem die Standespflicht gebiete, § 138 Abs. 1 zu achten,⁴ sollte das Lügenverbot auch im Bewußtsein der rechtsuchenden Bevölkerung aktualisiert und "die Prozeßlüge, wenn auch nicht ausgerottet, so doch zurückgedrängt werden".⁵ "Ein moralischer Appell an die Parteien. Nichts weiter".⁶

1 vgl. noch Wach (zit. bei Püschel JR 1932, S. 64): "Die Zivilpartei sollte rechtlich verpflichtet sein, um der Wahrheit oder der Autorität des Richters willen als Zeuge in eigener Sache gegen ihr eigenes Fleisch zu wüten? Wer das behauptet, ermangelt der tieferen Einsicht in das Wesen des Zivilprozesses, ja des Rechtes und seines Verhältnisses zur Moral".

2 Entwurf 1931, S. 256

3 Entwurf 1931, S. 286

4 Gleichwohl hält Pagenstecher (ZAKDR 1935, S. 975), der sich speziell mit dieser Standespflicht des Anwalts beschäftigt, es für zulässig, daß ein Anwalt im Rahmen der Verhandlungsmaxime eine bewußt unwahre Erklärung abgeben darf, die im Rahmen der §§ 288, 290 bindet.

5 Entwurf 1931, S. 286; der Entwurf sah in drei Einzelpunkten, die aber die Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten nicht betrafen, eine Sanktion vor.

6 Püschel JR 1932, S. 64

Keinesfalls aber ist der Gesetzgeber damit dem sogenannten "Wahrheitsirrtum" verfallen (Wahrheit ist - so Nietzsche - die Art von Irrtum, ohne die die Menschen nicht leben können bzw. glauben, nicht leben zu können). Er sah vielmehr von einer Sanktion für die Verletzung des § 138 Abs. 1 ab, weil er fürchtete, durch Androhungen von Kosten oder Ungebührstrafen die ernste sittliche Bedeutung der Wahrheitspflicht eher abzuschwächen als zu erhöhen. Denn auch beim Fehlen einer Strafvorschrift ist es keineswegs gleichgültig, ob ein Gesetz die Prozeßlüge stillschweigend duldet oder sie ausdrücklich verbietet.¹

Für das Geständnisrecht sah der Entwurf 1931 nur geringfügige sprachliche Änderungen zur Anpassung an die vorgeschlagene Ersetzung des Eidesbeweises durch die Parteivernehmung vor,² obwohl die im Entwurf formulierte Wahrheitspflicht auch umfaßte, daß niemand eine unwahre Behauptung des Gegners zugestehen darf. Das hätte - lediglich nach dem Wortlaut - an sich zur Folge haben müssen, daß ein Geständnis nicht für das Gericht bindend sein dürfte, jedenfalls aber zu jeder Zeit und ohne besonderen Nachweis der Unrichtigkeit und des Irrtums müßte widerrufen werden können.³

Insofern bewegt sich auch die Kritik Bernhardts, der Gesetzgeber habe es unterlassen, das Gesetz auf die veränderte Pflicht der Parteien abzustimmen,⁴ lediglich im Vorfeld der Fragestellung. Der

1 vgl. Entwurf 1931, S. 286; Volkmar JW 1933, S. 2429; Püschel JR 1932, S. 64

2 vgl. Entwurf 1931, S. 321

3 so Friedrichs JR 1932, S. 19, der daher für eine Streichung der Wahrheitspflicht im Entwurf 1931 plädierte

4 JZ 1963, S. 246

Gesetzgeber hat der ZPO gerade keinen neuen "Prozeßgrundsatz der Wahrheitspflicht" als obersten Maßstab aufpfropfen wollen,¹ sondern durch die Hintertür über die Standespflicht der Anwälte Einfluß auf die Parteisitten nehmen wollen.

So muß auch der dogmatische Ansatz Henckels² abgelehnt werden. Henckel vertritt die Auffassung, daß der Gesetzgeber zum Mittel der prozessualen Pflicht greifen mußte, um die unerkannte und damit meist erfolgreiche Prozeßlüge zu ahnden. Eine prozessuale Last hätte nämlich die Partei über den entschiedenen Prozeß hinaus nicht mehr treffen³ können. Der entscheidende Nachteil dieser Ansicht

1 so aber Bernhardt a.a.O.

2 Henckel, S. 14f

3 An sich kann der Streit, ob § 138 Abs. 1 eine echte Pflicht oder nur eine Last statuiert, dahingestellt bleiben, da hiervon keine Rechtsfolgen abhängen (so auch Grunsky § 19 V 1 am Ende). Der Streit hat lediglich eine Bedeutung für die Lehre von der Behauptungs- und Beweisführungslast. Geht man mit Kollhosser (S. 121) davon aus, daß die Sphäre der Behauptungs- und Beweisführungslast mit der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht des § 138 kollidieren kann, da die Begriffsfelder der Prozeßlast (bei Nichtbefolgen einer bestimmten Verhaltensweise trifft ein bestimmter rechtlich vorgesehener Nachteil für den Betroffenen ein) und Prozeßpflicht (die Rechtsordnung mißbilligt eine andere als die vorgeschriebene Verhaltensweise) auf verschiedenen Ebenen gebildet werden, so wird man ein Kehrwertverhältnis zwischen den Pflichten aus § 138 und der Behauptungs- und Beweisführungslast annehmen müssen: Wer die Pflichten aus § 138 betont, wird die gegenwärtige Lehre von der Behauptungs- und Beweisführungslast durch vornehmlich prozessuale Sanktionen (speziellere Beweisregeln - so Kollhosser, S. 123 Anm. 44) modifizieren müssen. Eine möglichst große Intersubjektivität in der Lehre (zum Streitstand vgl. Stürner, S. 9f, 70ff) wie der Rechtsprechung, die aus Gründen der Rechtssicherheit erforderlich ist, wird sich aber wohl nur durch eine gesetzgeberische Konkretisierung des § 138 erzielen lassen.

liegt darin, daß die Rechtsfolgen für die Verletzung einer solchen Wahrheitspflicht (echter Rechtspflicht) bereits vor 1933 galten (Prozeßbetrug § 263 StGB, Schadensersatzpflicht gem. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB, 826 BGB, Wiederaufnahme gem. § 580 Ziff. 5). Eine neue Regelung ließe sich lediglich annehmen, wenn man in § 138 Abs. 1 ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sähe, das auch fahrlässig falsche Behauptungen erfassen würde. Dagegen aber wehrt sich auch gerade Henckel.¹

III Die Geständnisbindung bei Verletzung der Wahrheitspflicht

A Rechtsprechung

Symptomatisch für die Klassifizierung der Wahrheitspflicht durch die Rechtsprechung sind zwei "Grundsatz"-Entscheidungen des Reichsgerichts aus den Jahren 1936 und 1937.

Zum einen entschied das RG im 151. Band, S. 93 (98): "Das Gericht darf nicht Tatsachen, die irgendwie in der Verhandlung auftauchen, von Amts wegen an Stelle derjenigen setzen, die vom Kläger als Stütze seines Antrags vorgetragen wurden. Das würde dem obersten Grundsatz der Prozeßordnung, dem Verhandlungsgrundsatz, widersprechen".

Dagegen heißt es in RG ZAKDR 1937, S. 536:

"Eine an sich unwahre Tatsache als bestehend anzunehmen oder eine in ihrem Sinn auslegungsbedürftige Willenserklärung entgegen dem feststellbaren

1 Henckel, S. 296: "Eine Bejahung führte zur ernsthaften Gefahr für die Rechtskraft". A.A. u.a. Kress unter Berufung auf den Nationalsozialismus (S. 73)

Willen des Erklärenden in ihrem reinen Wortsinn oder in einem davon abweichenden anderen Sinn aufzufassen und gelten zu lassen, und nur deswegen, weil die Darlegungspflicht der Partei in einem früheren Verfahrensabschnitt eine Tatsache oder diese Bedeutung der Willenserklärung als richtig hingestellt hatte, gewissermaßen nur, um sie für eine ihr zur Last fallende Prozeßlüge zu strafen, wäre gänzlich ungerechtfertigt. Nach der neuen Gestaltung des Streitverfahrens, wie sie insbesondere in § 138 Abs. 1 ZPO ihren Ausdruck gefunden hat, steht der Grundsatz der Wahrheitspflicht der Parteien an der Spitze der es beherrschenden Grundsätze".

Brüggemann spricht hier von einem offenen Dissens, der im Schoße des Reichsgerichts auftauchte, ohne wohl je bemerkt worden zu sein.¹

Dieser vom Gesetzgeber in keiner Weise beabsichtigte "oberste Grundsatz" der letzten Entscheidung ist bis heute wesentlicher Argumentationspunkt Bernhardt's, des Hauptvertreters der Mindermeinung im Geständnisrecht² geblieben, wonach § 138 Abs. 1 im Falle der Unwahrheit die Bindungswirkung des Geständnisses verdrängt.³ Gleichwohl hat das Reichsgericht in den spezifischen Geständnisentscheidungen nicht entsprechend diesem "obersten

1 Brüggemann, S. 123

2 Bernhardt JZ 63, S. 245ff; Festschrift für Rosenberg, S. 32; vgl. auch Anm. zu RG ZAKDR 1937, S. 536 und insbesondere DJZ 1936, S. 1404ff

3 Auch Baumbach-Lauterbach (30. Aufl., Einführung zu §§ 288-290 Anm. 3) stützte seine Ansicht auf die Entscheidung des RG aus dem Jahre 1937. Ab der 31. Aufl. ist das unzutreffende Zitat RG ZAKDR 1937, S. 536 gestrichen worden. B-L folgt nun dem BGH.

Grundsatz" entschieden. Vielmehr hat die Rechtsprechung nach Einführung der Wahrheitspflicht 1933 auch im Falle der Unwahrheit die Bindung des Gerichts bejaht und den Widerruf eines Geständnisses nur bei Nachweis der Wahrheit und des Irrtums zugelassen.¹ Wenn es auch dem Sinn des § 138 Abs. 1 grundsätzlich nicht entspreche, so führt der BGH aus, die Parteien an wahrheitswidrigen Aussagen festzuhalten, so sei durch § 290 für die Frage, ob ein Geständnis widerruflich sei, doch eine andere Entscheidung getroffen:

"Diese Regelung, die ursprünglich wohl nur als Folgerung aus der Verfügungsbefugnis der Partei gedacht war, ist mit dem Grundsatz der Wahrheitspflicht vereinbar, weil sie zugleich als eine Sanktion für deren Verletzung aufgefaßt werden kann".²

Eine Ausnahme soll nur gelten für den Fall des betrügerischen Zusammenwirkens und offenkundige Tatsachen.³

Mit dieser Entscheidung liegt der BGH exakt auf der Linie der Präambel zur Novelle 1933.⁴ Eine Irreführung des Gerichts gem. § 288 kam nicht in Betracht. Den Mißbrauch der Arbeitskraft durch böswillige oder nachlässige Prozeßverschleppung aber verhinderte der BGH zielstrebig über § 290.

1 vgl. RGZ 146, 348 (354); RG Warn Rspr. 1934 Nr. 191; OLG Kiel Schl. HA 46, 269 (die eigentliche Entscheidung basiert aber auf § 291); BGHZ 37, 154ff; BGHZ VersR 1970, 826ff

2 BGHZ 37, 154, 155

3 BGHZ 37, 154, 156; BGH VersR 1970, 827; BGH NJW 1976, 1145

4 vgl. § 6 II A dieser Ausführungen

B Literaturmeinungen

1. Vor der BGH-Entscheidung im 37. Band S. 154ff

In der Literatur gab es laut einer Zusammenstellung Münters aus dem Jahre 1953¹ zwei gleichstarke gegenteilige Auffassungen über das Verhältnis von § 288 zu § 138 Abs. 1. Für die Ansicht, § 288 verdränge § 138 Abs. 1, verweist Münter auf Kisch, Lorenz, von Hippel, Rosenberg und Nikisch.

Während nach Ansicht Rosenbergs die Wahrheitspflicht das Gericht vor Täuschung und den Gegner vor Übervorteilung sichern will und daher nicht Platz greift, wenn die Partei ihr ungünstige Umstände anführt (z.B. Geständnis)², beruft sich Nikisch lediglich auf den Vorrang des Verhandlungsgrundsatzes.³

Kisch hingegen bemüht sich, die Wahrheitspflicht in der Form in die ZPO einzuordnen, daß er der Verhandlungsmaxime einen "rein negativen Inhalt" zubilligt: Der Richter dürfe keine tatsächlichen Umstände berücksichtigen, die nicht von der Partei vorgebracht worden seien. Äußere sich die Partei, so müsse sie die Wahrheitspflicht beachten. Gleichwohl könne man nicht von einem Wahrheitszweck des Prozesses sprechen, da §§ 279, 288, 138 Abs. 3 und 331 davon nicht betroffen seien.⁴

1 Sie trug die Überschrift: "Der Kampf um die Wahrheitspflicht ist zu einem Kampf um die Rechtsfolgen ihrer Verletzung geworden" (S. 21).

2 vgl. Rosenberg, 5. Aufl. 1951 § 61 Anm. VII 5; heute folgt Rosenberg-Schwab kommentarlos der Rechtsprechung (vgl. § 117 Anm. I 1 f).

3 Nikisch, S. 192f, 263

4 vgl. Kisch DJZ 1936, S. 915, 917. So auch in der grundsätzlichen Argumentation Kress, S. 50: "Die Verfügungsfreiheit des Einzelnen gefährdet nicht die Gemeinschaftsordnung, solange der Rechtsfrieden nicht gestört ist. Dieser Einschränkung unterliegt auch die Wahrheitspflicht". An dieser Stelle soll auch kurz auf die Ansicht Rohr-Heinzelmanns hingewiesen werden. Dort wird

Lorenz schließlich kommt durch den Beweisausschluß des § 288 zur Nichtberücksichtigung des § 138 Abs. 1. Eine subjektive Unwahrheit könne das Gericht nur mit Hilfe einer Beweismwürdigung feststellen. Eine solche aber werde gerade durch § 288 ausgeschlossen.¹

Auf dieser Linie liegt auch Wildhagen, der die Fassung des § 138 Abs. 1 als "nicht ganz glücklich" bezeichnet.² Aus der fehlenden Einschränkung des § 288 durch den Gesetzgeber schließt er, daß § 138 Abs. 1 nur bei streitigem Sachverhalt gilt. "Wollen die Parteien selbst übereinstimmend einen Sachverhalt der Entscheidung unterbreiten, der die tatsächlichen Umstände nicht vollständig oder nicht der Wahrheit gemäß wiedergibt, und dies nach der Art und Lage des Streitfalles dem öffentlichen Interesse in keiner Weise zuwiderläuft, so besteht kein stichhaltiger Grund, es ihnen zu versagen, zumal sie sehr triftige und beachtenswerte Gründe dafür haben können".

Lediglich von Hippel sucht diesen Gesetzespositivismus zu überwinden, indem er die Wahrheitspflicht als Leitsatz einstuft, "der (neben der idealen Forderung) die (historisch) richtige Durchschnittslösung in prägnanter Form angibt, aber auf außerordentlich gelagerte Fälle gar nicht bezogen ist und insoweit zu richtiger Inhaltsbestimmung der Ergänzung bedarf".³ Da ferner die "Ablehnung der

die Auffassung vertreten, das Geständnis sei eine Erklärung zu den angeführten Tatsachen des Gegners im Gegensatz zu den Erklärungen über tatsächliche Umstände im Sinne des § 138 Abs. 1. Somit entfalle bereits nach dem Gesetze ein Spannungsverhältnis zwischen Geständnis und Wahrheitspflicht (§ 138 Anm. 2). Da ein Geständnis auch vorweggenommen werden kann, bedarf diese Einzelmeinung keiner weiteren Beachtung.

1 Lorenz JW 1934, S. 875

2 Wildhagen ZZP 60, S. 228f

3 von Hippel, S. 80f

Wahrheitsverletzung dem natürlichen wie rechtlichen Empfinden das Selbstverständliche und nicht näher zu Begründende" sei, bedürfe die Wahrheitsverletzung jeweils einer besonderen Rechtfertigung.¹ Eine solche lasse sich am ehesten finden für die Fälle der gewollten Selbstschädigung einer Partei bei bestehendem Rechtsstreit und der einverständlichen Teilschlichtung der Parteien bei sonst bestehendem Rechtsstreit, da hier nur das Interesse der Rechtsgemeinschaft an der Zuverlässigkeit des Sprachverkehrs verletzt werde.² Demgemäß sieht von Hippel keinen Grund, für das geltende Recht auch in diesen Fällen die Geständniswirkung auszuschließen.³

Für die Ansicht, die die lügnerische Parteierklärung als Urteilsgrundlage ablehnt, führt Münter Welzel, Lent, Bernhardt und de Boor ins Feld. Von diesen hat sich Lent bereits vor der grundlegenden Entscheidung des BGH im Jahre 1962 ohne nähere Begründung der Gegenmeinung angeschlossen; de Boor hingegen hat die ihm zugeschriebene Ansicht nicht vertreten.⁴

Von den beiden übrigen Autoren war Welzel mit seinem kurzen Vortrag "Wahrheitspflicht im Zivilprozeß" aus dem Jahre 1935 sehr bald in Vergessenheit geraten. Das lag wohl in seiner - zeitbedingten - Überschätzung der Wahrheitspflicht unter Berufung auf die Einleitung der Novelle 1933 begründet.

1 von Hippel, S. 67

2 ders., S. 84

3 ders., S. 270f

4 Lent 3. Aufl. § 41 Anm. III 2: "Gerade das bewußt unwahre Geständnis ist also unwiderruflich (Dies erscheint untragbar, zumal mit Rücksicht auf die Wahrheitspflicht)". Ab der 4. Aufl. § 41 Anm. III 2 fehlt diese Klammer. Vgl. de Boor, Rechtsstreit (1940), S. 119 sowie de Boor/Erkel 2. Aufl. (1961), S. 117

So formulierte Welzel: "Eines sollte unbestreitbar sein. Der Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ist ein rechtswidriger Akt, und aus rechtswidrigen Handlungen können keine prozessualen Rechte hergeleitet werden. An eine unbestritten gebliebene Prozeßlüge kann das Gericht, das die Unwahrheit kennt, ebenso wenig gebunden sein wie an unmögliche oder offenkundige unwahre Tatsachen". Da einerseits der Richter sein privates Wissen nicht verwenden darf, andererseits er die Prozeßlüge nur bei Vorliegen des § 291 sicher erkennt, verkennt Welzel hier die abkürzende Funktion des § 288 und stellt sinnvolle Vorschläge de lege ferenda als de lege lata gegebenes Recht hin,¹ obwohl der Gesetzgeber trotz eines bedeutsamen Vorwortes zur Novelle 1933 die ZPO lediglich mit einer Wahrheitspflicht "dekorierete".

Neben Bernhardt, dessen Ansicht später zugleich mit seiner ausführlichen Anmerkung zur bereits erwähnten BGH-Entscheidung dargestellt werden soll, haben sich die vielfach übersehenen Autoren Krencker und Münter mit dem Verhältnis der Wahrheitspflicht zum Geständnis beschäftigt. Eine Schwäche der Ausführungen Krenckers, der zur Bindung des Gerichts wie der Partei an ein unwahres Geständnis kommt,² liegt zunächst darin, daß er dieses von Stein-Jonas übernommene Ergebnis³ a priori unangetastet läßt.⁴ Darüber hinaus

1 vgl. von Hippel, S. 277 Anm. 32

2 vgl. Krencker, S. 60

3 ders., S. 59 Anm. 46

4 Stein-Jonas aber betrachtete damals wie heute das Geständnis unzutreffend als eine Willenserklärung, die das Einverständnis zum Inhalt habe, daß die zugestandene Tatsache ungeprüft zur Urteilsgrundlage gemacht werde (15. Aufl. 1934 § 288 Anm. III; 19. Aufl. 1972 § 288 Anm. I 2).

versperrt er sich durch die unter Hinweis auf das Vorwort der Novelle 1933 aufgestellte Prämisse, das Gesetz erstrebe die Ermittlung der materiellen Wahrheit und habe zu diesem Zweck das Gebot der Wahrheitspflicht der Parteien aufgestellt, die Sicht auf den Kern der Fragestellung. So ist seine allein unter Berücksichtigung des Vorworts gezogene Schlußfolgerung durchaus zutreffend: "Denn daß die Vorschrift über das gerichtliche Geständnis mit dem Zweck unserer Zivilprozeßordnung nicht vereinbar ist, ist wohl unbestreitbar".¹ Nur ist die Ermittlung der Wahrheit nicht das, sondern ein Ziel des Prozesses.² Folglich ist die Beibehaltung des § 290 durchaus keine Inkonsequenz des Gesetzgebers. Auch hätte es Krencker bei seiner Untersuchung nicht verborgen bleiben dürfen, daß der Norddeutsche Entwurf einer Zivilprozeßordnung, den er als Grundlage für den Entwurf der ZPO einstuft, neben der von Krencker ausführlich hervorgehobenen Wahrheitspflicht³ auch das heute geltende Geständnisrecht enthielt.

Hier zeigt sich letztlich die Schwäche der Untersuchung von Krencker, der den Geständnisstreit dahingestellt sein läßt⁴ und in einer rechtsvergleichenden Arbeit über die Wahrheitspflicht im österreichischen und deutschen Prozeß den Unterschied zwischen dem österreichischen und deutschen Geständnis nicht herausarbeitet.⁵

1 Krencker, S. 59

2 so mit Recht von Hippel, S. 277 Anm. 34 unter Hinweis auf eine Formulierung von Lent

3 Krencker, S. 15

4 ders., S. 58 Anm. 35; S. 26f

5 zum österreichischen Geständnis vgl. Holzhammer, S. 195: "Zugestandene Tatsachen bedürfen keines Beweises Deshalb muß aber das Gericht Zugestandenes noch nicht als wahr behandeln und, etwa entgegen seine Überzeugung, dem Urteil zugrunde legen: Das Geständnis bindet das Gericht nicht, sondern unterliegt dessen freier Würdigung. Die

Nach Ansicht Münters hat das Gericht eine wahrheitswidrige Behauptung als unzulässig zurückzuweisen, so daß eine Geständnisbindung mangels zulässiger Behauptung entfalle. Auch eine Kollision zwischen §§ 290 und 138 Abs. 1 verneint er, weil § 138 Abs. 1 nur die Unwahrheit im eigenen Interesse verbiete, das Geständnis aber immer uneigennützig sei. Den tieferen Grund sieht er darin, daß das Geständnis der Willenssphäre angehöre, die Wahrheitspflicht aber der Wissenssphäre.¹

Dem kann in beiden Fällen nicht gefolgt werden. Im Rahmen der Zulässigkeit behauptet Münter zunächst, eine tatsächliche Behauptung oder ein Beweisanspruch sei nach §§ 279 Abs. 1, 283 Abs. 2 (Fassung bis zum 30.6.1977) nur zulässig, wenn die Partei nicht in Verzögerungsabsicht handle. Andernfalls müsse das Gericht eine solche Erwirkungshandlung zurückweisen.² Dagegen sprach das Gesetz nur von einem "können".³

Daneben aber hat der Gesetzgeber mit § 138 Abs. 1 den Bereich der Zulässigkeit einer Behauptung nicht - ausdrücklich - tangiert.

h.L. verneint dagegen die Bindung nur dann, wenn das Geständnis unsinnig ist (allgemein anerkannten Erfahrungssätzen widerspricht) oder gegen offenkundige Tatsachen verstößt oder wenn es sich auf bewußt unwahre Behauptungen des Gegners bezieht (weil dadurch die Wahrheitspflicht verletzt wird)".

1 Münter, S. 71

2 ders., S. 27

3 Eine andere Regelung war in § 529 Abs. 2 (Fassung bis zum 30.6.1977) für die Zurückweisung neuen Vorbringens in der 2. Instanz getroffen worden (zur Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung im Hinblick auf Art. 103 Abs. 1 Grundgesetz vgl. den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.1973, abgedruckt in NJW 1974, S. 133 sowie den Beitrag von Deubner NJW 1976, S. 2113).

Münter schließt aber aus dem Wortsinn des § 138 Abs. 1 (Verbot der Prozeßlüge) auf die Unzulässigkeit der lügenhaften Behauptung. Das müsse so sein, folgert er, denn eine Prozeßlüge könne nicht einmal - prozessual betrachtet - "zulässig", das andere Mal - strafrechtlich gesehen beim Prozeßbetrug - "rechtswidrig" sein. Daß hier der Stein des Weisen liegen soll, ist nicht einzusehen. Es mag dahingestellt bleiben, ob eine möglicherweise zum Prozeßbetrug führende Behauptung jedenfalls zulässig ist. Dafür sprechen immerhin prozeßökonomische Gründe, da sich diese Zulässigkeitsfrage nur in Kenntnis der "Begründetheit" entscheiden läßt.¹ Die Grenze dürfte wie im Falle des § 279 a.F. (ab. 1.7.1977: § 296 Abs. 2)² bei § 291 liegen.

Keinesfalls aber ergibt sich daraus der Schluß, auch alle anderen Behauptungen unter Verletzung des § 138 Abs. 1 seien unzulässig.³ Hier verkennt Münter die eigentliche - nämlich abkürzende - Funktion des Geständnisses mit seinen verschiedenen Zielrichtungen.⁴ Wenn der Kläger gegen § 138 Abs. 1

1 vgl. Zeiss, S. 46f

2 vgl. § 6 III B 1 dieser Untersuchung am Ende

3 vgl. Rietzsch, S. 15: "Nicht jede Lüge im Prozeß kann den Tatbestand des Betruges oder -versuchs erfüllen". Vgl. das Beispiel Brüggemanns, S. 349: "Es läßt sich die Möglichkeit nicht ausschließen, daß der Kläger zwar eine bewußt falsche Sachdarstellung bringt, aber nur, um den Streit über sein in Wahrheit bestehendes Recht abzukürzen oder einem Beweisnotstand auszuweichen (BGHSt 3, S. 160ff (162) gegen RGSt 72, S. 133ff (137))".

4 Dafür sprechen seine Ausführungen auf S. 28, wo es heißt: "Für das Gericht ist die zugestandene Tatsache einfach wahr". Hat das Geständnis bei Münter doch etwa die Qualität eines gesetzlichen Beweismittels?

verstößt und etwa sogar einen Prozeßbetrug zu Lasten des Beklagten beabsichtigt,¹ der Beklagte aber die klägerische Behauptung zugesteht, so ist damit der Überzeugungsbildung des Gerichts ein Riegel vorgeschoben. Das heißt aber, das Gericht kann dem Beklagten nur noch über § 139 seine Bedenken mitteilen, wenn es der Ansicht ist, der Beklagte habe gutgläubig ein objektiv unzutreffendes Geständnis abgegeben, um ihm den Weg über § 290 offenzuhalten.

Es kann aber nicht die beiden ein Geständnis bildenden Behauptungen der Parteien sezieren und die Behauptung des Klägers zurückweisen; insofern wirkt die Schranke des § 288 gegen die Zweifel des Gerichts. Diese Schranke aber kann nur durch den Tatbestand des § 291 durchbrochen werden.

Wendet man Münters Ansatz auf die Praxis an, so kann nach Münter ein Gericht eine Behauptung nur zurückweisen, wenn es von der Unwahrheit überzeugt ist. Tragen nun beide Parteien dieselbe unwahre Tatsache vor, so kann das Gericht doch nur dann von der Unwahrheit überzeugt sein, wenn es objektive Anhaltspunkte für das Gegenteil hat.² Da das Gericht aber einerseits keine Beweisaufnahme allein beim Verdacht einer Wahrheitsverletzung anordnen darf, andererseits sich auch der Subjektivität jeglicher Erkenntnis (auch der gerichtlichen!) bewußt sein muß, müssen solche Anhaltspunkte schon

1 Handelt der Kläger mit dem Beklagten zusammen zu Lasten eines Dritten (Kollusion), so entfällt ohnehin die Geständnisbindung (BGHZ 37, 156 mit Verweis auf Stein-Jonas § 288 III 2).

2 Der Richter kann ein übereinstimmendes Vorbringen nur dann unberücksichtigt lassen, wenn beide Parteien erkennbar gegen ihre prozessuale Wahrheitspflicht verstoßen (vgl. BGH NJW 1976, S. 1145).

offenkundig im Sinne des § 291 sein.

Daneben bleibt Münters Lösung auch unvollständig. So führt er aus: "Erklärt der Beklagte, ... die wahrheitspflichtwidrige Behauptung des Klägers, es sei zum letzten zurückliegenden Termin gekündigt worden, sei wahr, so ist dieses Zugeständnis mangels einer zulässigen Behauptung gegenstandslos".¹ Hier liegt dann jedenfalls auf Seiten des Beklagten eine Behauptung im Sinne des § 138 Abs. 3 vor, die nicht im Münterschen Sinne gegen § 138 (bewußte Unwahrheit im eigenen Interesse²) verstößt. Die hieraus resultierende Bindungswirkung aber wird übersehen.³

Auch soweit Münter die - im Ergebnis zutreffende - Vereinbarkeit der Vorschriften der §§ 290 und 138 Abs. 1 betont, kann ihm in der Begründung nicht gefolgt werden. Die Tragweite der Wahrheitspflicht aus dem Wesen des Zivilprozesses herleiten zu wollen⁴ und dann auf die bewußte Unwahrheit im eigenen Interesse zu beschränken,⁵ wirkt angesichts der Vielschichtigkeit des Wesens des Zivilprozesses nicht überzeugend. Daneben ist eine solche Einschränkung in der Entstehungsgeschichte an keiner Stelle auch nur angedeutet. Der Programmsatz der Novelle 1933 besagt vielmehr expressis verbis das Gegenteil.⁶

1 Münter, S. 29

2 ders., S. 37

3 vgl. Münter, S. 48. Da § 138 Abs. 3 nur davon spricht, "Tatsachen ... sind als zugestanden anzusehen", können auch solche Tatsachen darunter fallen, die dem Vorbringenden ungünstig sind (vgl. Sobernheim, S. 21 1. Abschnitt).

4 vgl. Münter, S. 36

5 ders., S. 37; so auch Grunsky für die erste seiner zwei Begründungen § 20 I

6 Zum Wortlaut siehe § 6 II A dieser Ausführungen. Danach ist die dort angesprochene Wahrheitspflicht jedenfalls nicht teilbar.

Schließlich liegt auch der tiefere Grund für die Vereinbarkeit der Vorschriften nicht darin, daß die Wahrheitspflicht dem Prinzip des Wissens und das unwahre Geständnis dem Prinzip des Wollens zuzuordnen sei.¹ Diese ineffiziente Differenzierung Münters ist das Ergebnis einer Gesetzesinterpretation, in der ein von den Dogmatikern des 19. Jahrhunderts verballhornter Begriff des Zivilprozeßrechts unter Verkenennung dieses Umstands allein gemäß dem gegenwärtig geläufigen Begriffs- und Umfeld erläutert wird. So schließt Münter aus dem in § 290 enthaltenen Begriff "Irrtum" - umgekehrt wie die Vertreter der Dispositionstheorie -, daß das Geständnis im Falle des Widerrufs (§ 290) eine Wissenserklärung sein müsse. Das Geständnis könne nur dann beseitigt werden, wenn die Partei um den wahren Sachverhalt nicht gewußt hätte. Ein bewußt unwahres (voluntatives) Geständnis könne man daher nicht widerrufen.²

Daß diese Interpretation des in § 290 verwendeten Irrtumsbegriffes nicht zutrifft, ist bereits dargelegt worden.³

Somit hätte der Bundesgerichtshof 1962 nur auf die Gegenmeinung Bernhardts eingehen müssen, wenn nicht Wieczorek, nachdem der Kommentar zur Rechtsprechung auf prozessuale Gebiete von Sydow-Busch⁴ nicht

1 so Münter, S. 44; also wären alle Wahrheitspflichtverletzungen, da sie willentlich erfolgen - sonst kann keine Pflichtverletzung vorliegen -, dem Prinzip des Wollens zuzuordnen und damit mit der dem Prinzip des Wissens zuzuordnenden Wahrheitspflicht vereinbar. Welche Gefahr verbirgt sich doch in solchen Prinzipien?

2 ders., S. 44

3 vgl. § 2 IV B 5 und 6 dieser Untersuchung

4 zur Bindungswirkung des bewußt unwahren Geständnisses vgl. § 290 Anm. 2

mehr verlegt wurde,¹ in seiner Rechtsprechungskommentierung den Nachweis zu erbringen versucht hätte, gem. der Rechtsprechung dürfe bei § 290 nicht mehr auf den Irrtum abgestellt werden.²

Die Beweisführung Wieczoreks verläuft aber bereits in sich widersprüchlich. Zum einen habe das Gericht - so behauptet er - einer zugestandenem oder unbestritten gebliebenen Behauptung auch dann zu folgen, wenn diese nach Ansicht des Gerichts unwahr und bewußt unwahr sei³ - Grenze § 291 -, zum anderen soll aus eben diesem Zitat³ zu folgern sein, daß eine bewußt unwahr abgegebene Erklärung nicht zu beachten sei.⁴

Ferner erscheint es mehr als bedenklich, eine solche Ansicht auf die in diesem Zusammenhang nur mit äußerster Vorsicht zu behandelnde Entscheidung des RGSt 72, 113 (115) zu stützen.⁵ Der dieser strafgerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Unterhaltsklage eines durch den Amtsvormund vertretenen nichtehelichen Kindes gegen den angeblichen Kindesvater war vielmehr aufgrund des klägerischen Vortrages im Versäumnisverfahren stattgegeben worden, nachdem die Kindesmutter in einem vor-

1 dazu Wieczorek Band I Teil 1 S. V, 1. Aufl.

2 Wieczorek "§ 290 Anm. A II

3 vgl. Wieczorek § 138 Anm. C I a mit dem Hinweis: im Ergebnis: BGH v. 3.6.59 MDR 834. Diese Entscheidung stützt allerdings nicht die von Wieczorek aufgestellte Behauptung, sondern betrifft die Frage, ob einander ausschließende Ansprüche mit sich widersprechenden Begründungen in verschiedenen Verfahren (Zivilprozeß und Verfahren nach dem FGG) geltend gemacht werden können, sofern dadurch die Wahrheitspflicht nicht verletzt wird.

4 Wieczorek § 290 Anm. A II

5 Die Entscheidung ist unter § 6 III B 2 dieser Untersuchung wörtlich wiedergegeben und besprochen.

herigen Termin unter Eid falsch bekundet hatte, nur mit dem Beklagten Geschlechtsverkehr gehabt zu haben. Das Reichsgericht versucht in seiner Entscheidung, auf dem Gebiete des Strafrechts mit Hilfe der neuen Regelung des § 138 Abs. 1 die Bindung des Gerichts bei § 331 (nicht § 288!) zu unterlaufen, um durch Bejahung einer Wahrheitsprüfung der Parteibehauptungen durch das Zivilgericht zum Betrug der Kindesmutter in mittelbarer Täterschaft zu kommen. Dieser strafrechtliche Konstruktionsversuch darf aber nicht zu der unzutreffenden Schlußfolgerung verleiten, die Rechtsprechung weise bewußt unwahre Behauptungen - abgesehen von dem Falle des § 291 - allein unter Hinweis auf § 138 Abs. 1 zurück.

Gleichwohl ist Wieczorek im Ergebnis zuzustimmen, wenn er den verhängnisvollen Irrtumsbegriff des § 290 zu eliminieren versucht. Seine Schlußfolgerung aber, dem Gestehenden dürfe, wenn die Tatsächlichkeit mit seinem Geständnis nicht übereinstimme - gleichviel, ob er lüge oder sich irre -, der Hauptbeweis der Tatsächlichkeit nicht verwehrt werden,¹ bedarf der Einschränkung durch das Prozeßverschleppungsverbot gem. §§ 283 Abs. 2 a.F., 279 a.F. (ab 1.7.1977 § 296 Abs. 2). Daß der Gesetzgeber in § 290 von dem Prozeßverschleppungsverbot absehen wollte, ist nicht ersichtlich,² so daß es zur Korrektur der zu engen Fassung des

1 Wieczorek § 290 Anm. A II b; ders. § 290 Anm. A II c 2, 1. Aufl.

2 Der gesetzgeberische Grund für diese Ermessensentscheidung dürfte in der Schwierigkeit liegen, gleichzeitig eine Beschleunigung des Verfahrens und eine optimale Wahrheitsfindung zu verwirklichen (zu dieser Problematik vgl. Habscheid ZZP 81, S. 175 (195)). De lege ferenda sollte man die Regelung des § 279 zur Steigerung ihrer Effizienz in eine Pflicht des Gerichts umwandeln. "Steht nämlich die Verhängung der Sanktion nur im richterlichen Ermessen, so wird sie von den

§ 290 herangezogen werden kann. Im § 279 - im Jahre 1924 modifiziert, um Verschleppungsver-suchen der Parteien durch Zurückweisung verspäteten Vorbringens entgegentreten zu können - wird dem Gericht ein Ermessensspielraum beim Zurückweisen eingeräumt.¹ Von der Zurückweisungsbe-fugnis ist kein Gebrauch zu machen, "wenn aus dem nachträglichen Vorbringen erhellt, daß bei Zurück-weisung desselben die Entscheidung aufgrund eines offensichtlich unvollständigen oder unrichtigen Sachverhalts ergehen würde".² Damit findet der Ermessensspielraum des § 279 a.F., § 296 Abs. 2 n.F. seine Schranke in § 291.

2. Dem BGH folgende Stimmen

Als erste setzten sich Johannsen und Schneider mit der bereits erwähnten Entscheidung des Bundes-gerichtshofs auseinander. Im ersten Teil seiner Anmerkung gibt Johannsen die Gedankenführung des

Anwälten leicht als unfreundlicher Akt des Rich-ters empfunden; daraus entstehen dann Spannungen zwischen Anwaltschaft und Richter, die kein Rich-ter wünscht, und die er daher häufig durch Nicht-anwendung der Sanktion zu vermeiden suchen wird" (Habscheid ZZP 81, S. 175 (190)); so jetzt § 296 Abs. 1

1 vgl. Schneider JR 1965, S. 329; so auch seit dem 1.7.1977 in § 296 Abs. 2

2 Urteil des Kammergerichts vom 3. Mai 1932. Dies dürfte auch für die §§ 279 a, 283 Abs. 2 und § 529 Abs. 2 gelten. Auf dieses Urteil des Kam-mergerichts bezieht sich auch Bernhardt, der für die Wirksamkeit des Widerrufs eines falschen Ge-ständnisses unter Berufung auf § 138 Abs. 1 nur den Wahrheitsnachweis verlangt und bei Verschlep-pungsabsicht den Widerruf gem. § 279 zurückwei-sen will, es sei denn, die Entscheidung müßte bei Zurückweisung des nachträglichen Vorbringens auf-grund eines unrichtigen Sachverhalts ergehen (JZ 1963, S. 247). Das Kammergericht hat hinge-gen nur von einem offensichtlich unvollständigen oder unrichtigen Sachverhalt gesprochen.

BGH wieder, während er im zweiten Teil mit einem wohl nur einem Praktiker eigenen Grundsatzdenken feststellt, daß Wieczorek und Bernhardt die Tragweite des in § 138 Abs. 1 enthaltenen Verbots verkennen.¹ Da im gewöhnlichen Zivilprozeß nach wie vor der Verhandlungsgrundsatz gelte, lasse sich die Tragweite des in § 138 enthaltenen Gebotes nur unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes erkennen. Daraus folge, daß der Grundsatz des § 138 Abs. 1 nur die Unwahrheit zugunsten der Partei betreffe.

Daß der Verhandlungsgrundsatz durch das in § 138 Abs. 1 ausgesprochene Gebot zur Wahrhaftigkeit nicht aufgehoben oder eingeschränkt werde, ergebe auch § 138 Abs. 3, wonach das Gericht nicht bestrittene Tatsachen nicht auf ihre Wahrheit zu überprüfen habe.²

Schneider hingegen vermißt in seiner Anmerkung zu Recht eine gründliche Erörterung des § 138 Abs. 1, da der Bundesgerichtshof eine bloße Buchstabenauslegung des § 290 betrieben habe.³ Der Bundesgerichtshof habe die Frage untersuchen müssen, ob schon vor 1933 die Wahrheitspflicht als Elementarpflicht in der ZPO enthalten gewesen sei und somit § 138 Abs. 1 sachlich nichts Neues gebracht habe⁴ oder ob der Neufassung des § 138 Abs. 1 eine grundlegende Bedeutung zukomme. Schneider schließt aus dem Umstand, daß der Grundsatz der Wahrheitspflicht auch in anderen Prozeßordnungen anerkannt ist, daß er auch in der ZPO vor 1933 gegolten habe. Der BGH-Entscheidung sei daher zuzustimmen, weil § 290

1 Anmerkung zu LM § 290 Nr. I ZPO

2 ders., a.a.O.

3 ZJP 75, S. 363f

4 so Hellwig § 139 Anm. IV 2 b

durch die Einführung des § 138 Abs. 1 nicht berührt worden sei.

Bei diesem kühnen Schluß zieht Schneider als Beispiel die alte schwedische Prozeßordnung von 1734 heran. Er hätte auch die Allgemeine Gerichtsordnung Preußens heranziehen können, wo der Sanktionsgedanke der Wahrheitspflichtverletzung beim Geständnis voll ausgeprägt war, ohne daß seine Argumentation dadurch an Überzeugungskraft gewonnen hätte. Es läßt sich einfach nicht leugnen, daß infolge der der ZPO zugrundeliegenden liberalen Rechtsauffassung, die nach römischem Vorbild die selbstverantwortliche Gestaltung des privaten Lebensraumes für die beste Garantie des öffentlichen Wohles betrachtete,¹ eine Wahrheitspflicht in der Zivilprozeßordnung vor 1933 fehlte. Es soll in diesem Zusammenhang jedoch nicht unerwähnt bleiben, daß gleichwohl der Norddeutsche Entwurf neben der heutigen Geständnisregelung der ZPO eine gesetzlich verankerte Wahrheitspflicht der Parteien kannte (§ 294: "Thatsachen sind der Wahrheit gemäß vollständig und bestimmt vorzutragen".). Während nun in den Motiven der ZPO auf die Geständnisregelung dieses Entwurfs verwiesen wird, fehlt in den amtlichen Begründungen und Protokollen der ZPO gänzlich ein Hinweis auf die in diesem Entwurf enthaltene Wahrheitspflicht.²

Von dieser liberalen Rechtsauffassung wich der Gesetzgeber 1924 und 1933 dadurch ab, daß er die Initiative des Gerichts bei der Sachaufklärung verstärkte.³ Keineswegs aber entschied der Gesetzgeber damit, "der Staat werde der Durchsetzung prästendierter privater Ansprüche nur insoweit seine Hilfe leihen, als dadurch in den Grenzen mensch-

1 dazu vgl. Boehmer, S. 115

2 vgl. Krencker, S. 15 sowie S. 16 Anm. 13

3 vgl. den Entwurf einer ZPO 1931, S. 286

lichen Erkenntnis- und Wertungsvermögens die materielle Wahrheit festgestellt und das richtige Recht verwirklicht werden könne, weil nur der Schutz wirklich bestehender Privatrechte im Interesse der Allgemeinheit liegend dem öffentlichen Wohle diene".¹ Denn "die Justiz gibt stets die Grundgedanken des Staatswesens in verkleinertem Maßstabe wieder".²

Der Gesetzgeber hätte die Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten ersatzlos streichen und es bei den Regeln der §§ 139, 286 belassen können.³

1 Dieses Recht und diese Pflicht für die staatliche Obrigkeit würden nur Anhänger eines echten demokratischen Sozialismus vindizieren (vgl. Boehmer, S. 115).

2 Gneist, zitiert bei Wellmann, S. 7

3 vgl. z.B. für die sowjetische Zivilprozeßordnung sowie die ZPO der DDR Pful, S. 120: "Das sowj. Gericht kann zur Feststellung der materiellen Wahrheit Geständnisse außerachtlassen". S. 131 für die DDR: "Die Bindung des Richters und der Partei entfällt, da die obersten Prinzipien §§ 139, 286 sind, nachdem (S. 69) § 2 Ost-GVG das Prinzip der weitestgehenden staatlichen Einmischung in die zivilen Rechtsverhältnisse ersetzte und zwar als Einmischung des Gerichts in die zivilrechtlichen Beziehungen der Bürger im Interesse des Staates, der Gesetzlichkeit und der Gesellschaft, einschließlich auch der Bürger selbst. Diese Vorschrift bildet die Basis und gesetzliche Grundlage für das grundlegende Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit". Nachdem am 1.1.1976 das "Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Zivil-, Familien- und Arbeitsrechtssachen - Zivilprozeßordnung" (ZPO) vom 19.6.1975 in Kraft getreten und damit die Kodifikation eines neuen sozialistischen Zivilprozeßrechts zum Abschluß gekommen ist (vgl. Brunner NJW 1977, S. 177), gelten die Bestimmungen der ZPO von 1877 - modifiziert durch die sogenannte Angleichungsverordnung von 1952 - in der DDR nicht mehr weiter. Für die Beschaffung der dem Urteil zugrundeliegenden Tatsachen gilt weiterhin das "Prinzip der Erforschung der objektiven Wahrheit", d.h. "die Gerichte sind zur Sachaufklärung und

Er änderte aber nichts an der ursprünglichen Regelung und übergang im Entwurf 1931 auch Vorschläge, in Einzelpunkten Prozeßstrafen gegen die Verletzung der Wahrheitspflicht vorzusehen.¹

Gleichwohl setzte sich in Anlehnung an den Bundesgerichtshof die Ansicht durch, § 290 könne auch als Sanktion für eine Verletzung der Wahrheitspflicht aufgefaßt werden.²

3. Gegenstimmen

Während Arens lediglich Zweifel an der Interpretation der Unwiderruflichkeit eines bewußt unwahren Geständnisses als Sanktion für die bewußte Unwahrheit äußert, dann aber aus dem Versäumnisverfahren den Sanktionsgedanken in der ZPO herleitet,³ lehnt Bernhardt zu Recht den Sanktionsgedanken durch Festhalten einer Partei an ihrer früheren falschen Behauptung als eine Art Prozeßstrafe ab⁴ und verweist auf die allein mögliche Schranke des § 279 a.F.⁵

Wahrheitsermittlung verpflichtet (§ 2 II), haben gegenüber den Parteien eine umfassende Aufklärungs-, Frage-, Hinweis- und Belehrungspflicht (§ 2 III) und erheben die erforderlichen Beweise von Amts wegen (§ 54 I)". Vgl. Brunner NJW 1977, S. 177 (179)

Zum sozialistischen Verfahren der Ostblockländer vgl. auch Habscheid ZP 86, S. 20 (24)

1 vgl. Entwurf einer ZPO 1931, S. 286

2 vgl. z.B. Blomeyer § 68 Anm. IV 2; Grunsky § 20 I

3 Arens, S. 199 Anm. 21 (Unvereinbarkeit mit dem Prozeßzweck der Rechtsbewährung, des Schutzes des wirklich bestehenden Rechtszustandes)

4 so schon das Reichsgericht 1937 (Seuff. Arch. 91, Nr. 123); so auch Wieczorek § 290 A III (Der BGH entscheide über einen unrichtigen, also fiktiven Sachverhalt, wobei die Entscheidung als Prozeßstrafe wirke, die in der ZPO nicht verankert sei)

5 Bernhardt JZ 1963, S. 245 (247)

Diesem Ergebnis geht eine präzise Darstellung der individualistischen Prozeßauffassung von 1877 voraus. Da nach Ansicht Bernhardtts das Geständnisrecht aus diesen "Gedankengängen" entstanden ist - die eindeutige Bestätigung sieht er in der in den Motiven angeführten Verzichts- bzw. Dispositionstheorie¹ -, bleibt ihm aber der Blick auf den ursprünglichen Geständnismechanismus der AGO, der im bewußten Einklang mit der Wahrheitspflicht stand, und auf die Entstehungsgründe der von den Dogmatikern des 19. Jahrhunderts vertretenen Verzichtstheorie verwehrt. Ferner geht er zwar zutreffend von einer Wandlung des Wesens des Zivilprozesses aus, versteigt sich dabei aber zu der Behauptung, man werde die Wahrheitspflicht als regulative Idee, als obersten Maßstab des Prozeßgesetzes ansehen müssen, da durch sie die Verwirklichung der Gerechtigkeit erreicht werden solle.² Der Gedanke der zeitlichen Straffung des Verfahrens unter Betonung des Interesses des Staates an der Entscheidung privater Rechtsstreitigkeiten findet hingegen keine Erwähnung.³ Die Wahrheitspflicht wird vielmehr zur öffentlich-rechtlichen Pflicht erhoben.⁴ Das mag

1 Bernhardt JZ 1963, S. 246

2 "Soweit § 290 der Wahrheitspflicht widerspricht, kann er als dem ethischen Wahrheitsgebot nachgeordnete Norm keine Geltung mehr beanspruchen" (Bernhardt, in Festschrift f. Rosenberg, S. 32). Vgl. auch Staud, S. 602f sowie Rietzsch, S. 13: "Das sittliche und nunmehr auch rechtliche Gebot der Wahrheitspflicht steht höher als der techn. Behelf der Verhandlungsmaxime".

3 zu diesem Gedanken vgl. Freiheit und Bindung des Zivilrichters, S. 16

4 Bernhardt JZ 1963, S. 247; so auch Baumbach-Lauterbach Einführung vor § 288 Anm. 3. Hauptargument bei Baumbach-Lauterbach bleibt aber § 291. Denn B-L hält das - nicht offenkundig - bewußt unwahre Geständnis in Anlehnung an den BGH für bindend, es sei denn, es erfolgte zum eigenen Nutzen. Dieser Halbsatz aber dürfte sich erübrigen, da das Geständnis dem Gestehenden bereits begrifflich

zwar im Sinne einer extensiven Interpretation dem programmatischen Vorspruch zur Novelle vom 27.10. 1933 entnommen werden können, läuft aber der ausdrücklichen Absicht des Gesetzgebers im Entwurf 1931 zuwider.¹

Erst in allerneuester Zeit hat Schmidt in seiner rechtsvergleichenden Studie über die Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozeß der Ansicht Bernhardts zu neuem Ansehen verholfen.²

Schmidt, der wie Bernhardt irrig die in den Motiven enthaltene Theorie vom Geständnis als Dispositionsakt als Grundlage für die Fassung des Gesetzes ansieht, behauptet zunächst, das Geständnis werde im österreichischen und deutschen Recht infolge der Dispositionstheorie und der dadurch bedingten angreifbaren Fassung des Gesetzeswortlautes nicht als gesetzliches Beweismittel mit bindender Beweiskraft eingeordnet. Das beruhe auf einem begrifflichen Mißverständnis. "Zugestanden" sei nicht eine von vielen Möglichkeiten einer einzigen Tatsache wie z.B. "notorisch" oder "unmöglich". Es lägen vielmehr zwei voneinander zu unterscheidende Tatsachen vor, die zugestandene Tatsache und die (spätere) Tatsache des Geständnisses selbst, von der der Richter auf die erstere schließen könne. Gemäß dem Gesetz lasse ein Geständnis immer auf die Wahrheit der zugestandenen Tatsache schließen. Die Ausnahmefälle aber seien durch die Selbstverantwortlichkeit der Parteien und die Prozeßökonomie gedeckt. Da somit das Geständnis die zugestandene

nachteilig - ungünstig - ist (Münter, S. 39, Petersen, S. 14) oder aber im Falle der Kollusion eine Bindungswirkung schon deswegen entfällt.

1 vgl. Entwurf einer ZPO 1931, S. 286f

2 Schmidt, Geständnis, S. 148ff; das gleiche gilt für Zettel (Der Beibringungsgrundsatz, 1977), der sich jedoch - ohne eigenen Ansatz - im wesentlichen auf die Wiedergabe der von Staab (S. 48ff) im Anschluß an Bernhardt (JZ 1963, S. 245ff) vertretenen Mindermeinung beschränkt (S. 125).

Tatsache schon beweise, bedürfe sie gem. § 288 (266 Österreichische ZPO) keines Beweises mehr. Das Geständnis sei also im deutschen und österreichischen Recht wie in den romanischen Rechten ein gesetzliches Beweismittel.¹

Wenngleich einzuräumen ist, daß die Unterscheidung "gesetzliches Beweismittel" oder "Prozeßhandlung"² keinen praktischen Wert hat, da die Wirkung dieselbe ist,³ ist doch die dogmatische Einordnung - insbesondere im Hinblick auf die §§ 138 Abs. 1, 445ff - von besonderer Bedeutung.

Man wird mit Schmidt durchaus zwischen der zugestandenenen und der späteren Tatsache des Geständnisses differenzieren können. Damit ist die Frage nach dem Beweismittel- oder Prozeßhandlungscharakter des Geständnisses jedoch noch in keiner Weise präjudiziert. Nur wenn das Gericht von der Tatsache des Geständnisses auf die Tatsächlichkeit der zugestandenenen Tatsache schließen kann und muß, ist der von Schmidt vertretenen Ansicht der Vorzug einzuräumen. Ein Geständnis wird zwar im Regelfall der wirklichen Sachlage entsprechen, da niemand - im Regelfall - geneigt sein wird, eine ihm ungünstige Tatsache zuzugestehen. Keinesfalls aber wollte (will) diese Geständnisregelung dem Gericht im Gewande eines gesetzlichen Beweismittels den Schluß auf die Wahrheit der zugestandenenen Tatsache aufbürden. Das Gericht soll(te) lediglich das "Einigsein" der Parteien hinsichtlich einer oder

1 Schmidt, Geständnis, S. 110;
so auch Kress, S. 51 Anm. 209

2 so die h.M., vgl. z.B. Petersen, S. 19

3 Schmidt, Geständnis, S. 110

mehrerer Tatsachen feststellen. Allein dieses übereinstimmende Vorbringen zwingt das Gericht, diese Tatsache(n) ungeprüft dem Urteil zugrunde-zulegen.¹ Das übersieht Schmidt, wenn er in seiner Studie nur auf die - mit Recht abzulehnende - Dispositionstheorie abstellt.

Außerdem setzt er sich dem Vorwurf einseitiger Behandlung des Untersuchungsstoffes aus, indem er die Anhänger der Beweismitteltheorie für seine Ansicht beinahe vollzählig anführt, aber konträre, u.a. von Bethmann-Hollweg, Bülow und Hegler vertretene Ansichten nicht für erwähnenswert hält. So beruft er sich vornehmlich auf Untersuchungen Pollaks, Siegrists und Juchems.²

1 vgl. § 2 IV B 3 a, b dieser Ausführungen; so auch BGH NJW 1976 (1145), wonach das Gericht auch bei Zweifeln am tatsächlichen Geschehen nach den Regeln des Zivilprozesses den übereinstimmenden Parteivortrag beachten muß.

2 S. 110 Anm. 128, 129.
Der Hinweis auf Bruns, S. 251 überzeugt nicht, da die Behauptung Bruns', das gerichtliche Geständnis ersetze im Bereich der Dispositionsmaxime den Beweis der behaupteten Tatsache, keine klaren Rückschlüsse auf den Charakter des Geständnisses zuläßt. Dasselbe gilt für den Hinweis auf Siegrist, von dem Schmidt die Differenzierung zwischen dem Geständnis und der zugestandenen Tatsache, den Schluß vom Geständnis auf diese Tatsache und die Ansicht, das gerichtliche Geständnis bilde ein Beweissurrogat, das den Beweis im Sinne des Prinzips der freien Beweiswürdigung ersetze (Siegrist, S. 284f), übernommen hat. Denn in der Kernfrage nach dem Charakter des Geständnisses folgt Siegrist unbesehen den Ausführungen Pollaks und Wittmaaks (Siegrist, S. 287), deren Argumentation bereits Bülow (Geständnis, S. 2 Anm. 3) 1899 unter Hinweis auf den klaren Wortlaut des § 288 und die fehlende Wahrheitsprüfung durch das Gericht zu Recht als Rückschritt in die Zeit vor Bethmann-Hollweg abgetan hat.

Die Untersuchung Pollaks kann allenfalls zur Auslegung des österreichischen Rechts herangezogen werden. Die entsprechende Bestimmung des § 266 der Österreichischen ZPO von 1895 enthält zwar im Anschluß an § 288 auch die Formulierung: "Zugestandene Behauptungen bedürfen keines Beweises". Pollak hält diese Fassung aber für unwichtig, da an sich mit dieser Fassung dasselbe gemeint sei wie mit § 107 der Österreichischen Allgemeinen Gerichtsordnung von 1781. Dort hieß es, ein zugestandener Umstand sei für vollkommen erwiesen zu halten.¹ Somit besteht durchaus die Möglichkeit, daß der Österreichische Gesetzgeber 1895 eine Formulierung übernommen hat, deren dogmatische Entstehungsgeschichte er verkannt hat.² Das könnte auch die Widerprüflichkeit des Geständnisses (§ 266 Österreichische ZPO) sowie den Beweismittelcharakter des österreichischen Geständnisses³ erklären. Keinesfalls aber rechtfertigt das den Schluß, das Geständnis sei auch im deutschen Recht ein Beweismittel.

Auch die von Schmidt bei dem Versuch, das zivilprozessuale Geständnis als Beweismittel einzuordnen, letztendlich ins Feld geführte Ansicht Juchems verdient keine Zustimmung. Wenngleich Juchems sich der alten formalen Beweistheorie zu entziehen versucht, gelingt es ihm doch bereits nach seinen eigenen Worten nicht, seine Auffassung überzeugend zu untermauern.⁴ Diese böse Ahnung bestätigt sich, wenn er - unzutreffend - behauptet, das Geständnis

1 so Pollak, S. 643

2 zur Gegensätzlichkeit der ÖAGO und AGO vgl. Bomsdorf, S. 259

3 vgl. Holzhammer, S. 195

4 Juchems, S. 22: "Selbstverständlich kann mit diesem Hinweis die hier vertretene Auffassung nicht überzeugend unterbaut werden".

als Beweismittel sei rein deutsches Gedankengut, das den Geist des kanonisch-römischen Rechts bereits abgeschüttelt habe und letzten Endes auf die durch die AGO eingeführte poena confessi zurückgehe.¹

Auch der bloße Hinweis auf das Zeugnishafte am Geständnis und die Nähe zu den §§ 445ff sowie die unvollständige Behandlung des § 290² rechtfertigen daher die ablehnende Haltung, die Petersen den Ausführungen Juchems gegenüber einnimmt.³

Somit spiegelt sich schließlich in der Studie Schmidts, der hinter der heute herrschenden Meinung im Grunde nichts anderes als die alte Theorie vom Dispositionsakt der Partei sieht,⁴ nur der Versuch wider, das bereits seit langem retuschierte Bild vom Geständnis als Dispositionsakt der Partei durch das antiquierte Bild vom Geständnis als gesetzlichem Beweismittel zu ersetzen. Insbesondere ist der Vorwurf in der Sache unberechtigt, die heute herrschende Lehre zerreiße unter Berufung auf den Wortlaut des § 288 den Zusammenhang zwischen Beweis und Geständnis zugunsten einer Unterteilung in bestrittene und unbestrittene Tatsachen. Der Unterschied zwischen § 138 Abs. 3 und § 288 solle danach nur in der Widerrufsbeschränkung (§ 290) liegen.⁵

1 zur poena confessi vgl. Bülow AcP 62, S. 27ff

2 Juchems, S. 25; insbesondere zu § 290: "§ 290 ist geradezu das Ventil, durch dessen Benutzung dem unwahren Geständnis seine ihm zu Unrecht innewohnende Zeugnisnatur wieder genommen werden kann und soll". Gerade das unwahre Geständnis ist aber doch nach dem Wortlaut des Gesetzes bindend. Insofern reicht die Behauptung Juchems nicht aus, für die von ihm vertretene Beweismitteltheorie sei das Erfordernis des Irrtumsnachweises ganz unmotiviert (S. 25).

3 vgl. Petersen, S. 60

4 Schmidt, Geständnis, S. 113

5 ders., S. 111

Zum Beweis dieser Behauptung verweist er auf Juchems und bzgl. der Schlußfolgerung auf die Kommentierung von Baumbach-Lauterbach.¹ Eine kritiklose Übernahme der Behauptungen Juchems, in denen das Arbeitsziel die Perspektive ersetzt, gibt nur ein schwaches Argument her. So führt Juchems wörtlich aus: "Das Gericht hat in dem Geständnis eine selbständige Unterlage für seine Vorstellung vom Sachverhalt, wie sie sonst durch Beweiserhebung erzielt wird. Darin liegt zweifellos - mit Brackenhoeft gesprochen - eher eine Ähnlichkeit zwischen Geständnis und Beweismittel als der Nachweis eines unvereinbaren Gegensatzes, wie die herrschende Meinung annimmt. Diese stellt - an sich richtig - unbestrittene und daher des Beweises nicht bedürftige Behauptungen den bestrittenen und deshalb beweisbedürftigen gegenüber und zerreißt so den Ähnlichkeitsgrund einer für unseren Zusammenhang bedeutungslosen Einteilung in bestrittene und unbestrittene Behauptungen wegen; denn wenn das Geständnis in eine Beziehung zu den Beweismitteln gesetzt wird, so ist es nicht die selbstverständliche Tatsache, daß zugestandene Behauptungen des Beweises nicht bedürfen - das ist nur der bloße Ausdruck der Geständnisfolge - als vielmehr der Hinweis darauf, daß Geständnis wie Beweis dem Richter Urteilsgrundlagen geben ...".²

1 Daß der Unterschied zwischen §§ 138 Abs. 3 und 288 entgegen Baumbach-Lauterbach (Einführung vor §§ 288-290 Anm. 2) nicht nur in der Widerrufsbeschränkung liegt, wurde bereits dargelegt (§§ 2, 5 dieser Untersuchung).

2 Juchems, S. 23.

Die Angabe einer genauen Seitenzahl für die Bezugnahme auf Brackenhoeft erspart er sich.

Diese Ausführungen deuten auf bestimmte, "erkenntnisleitende Interessen" Juchems hin, die mit einem aus dem Kontext herausgerissenen Zitat Brackenhoefts wissenschaftlich bemäntelt werden sollen. Denn Brackenhoeft¹ versucht in seinem Beitrag gerade den zur damaligen Zeit (1837) aktuellen² Nachweis zu erbringen, daß das Geständnis kein formelles Beweismittel ist. So ist es zu verstehen, wenn er dann abschließend formuliert: "Die hier genannten Verschiedenheiten zwischen Beweis und Geständnis werden hinlänglich die Ansicht rechtfertigen, daß dasselbe dem Beweise nicht gleichgestellt werden dürfe. Nur insofern findet eine Ähnlichkeit mit dem erbrachten Beweis statt, daß kein weiterer, oder richtiger überall kein Beweis mehr erforderlich ist". Diese Feststellung aber kehrt Juchems gerade ins Gegenteil um, wenn er unter Berufung auf Brackenhoeft auf die Ähnlichkeit zwischen Geständnis und Beweismittel verweist.³

Auf diesem Hintergrund ist die Kritik Schmidts an der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im 37. Band zu sehen, die in den wesentlichen Punkten den Ausführungen Bernhardts folgt.⁴ Im Ergebnis vertritt Schmidt die Ansicht, daß die Vorschrift des § 290 heute keine Geltung mehr beanspruchen könne, soweit sie den Nachweis eines Irrtums verlange; denn die Wahrheitspflicht gebiete der Partei, ein bewußt

1 Brackenhoeft AcP 20, S. 252ff (257)

2 vgl. Bülow, Geständnis, S. 3 mit dem Hinweis auf die Zeit vor Bethmann-Hollweg

3 Dies wird noch deutlicher, wenn man Brackenhoefts Anschlußsatz liest: "Diese Ähnlichkeit könnte aber das Geständnis nur dann zu einer Art des Beweises machen, wenn es eine unbezweifelt richtige Terminologie wäre, jede juristische Gewißheit als Beweis oder Bewiesenheit zu betrachten". Das aber verneint er.

4 Schmidt, Geständnis, S. 148ff

wahrheitswidrig abgegebenes Geständnis zu widerrufen.¹

C Der dekorative Charakter der Wahrheitspflicht

Die 1933 in der ZPO verankerte Wahrheitspflicht vermag in ihrer gegenwärtigen Ausformung die bereits bei der Konzipierung der ZPO aufgenommenen Regeln über das gerichtliche Geständnis prima vista nicht einzuengen. Das in ihr enthaltene Verbot der Prozeßlüge beeinflusst lediglich das äußere Erscheinungsbild der Zivilprozeßordnung.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn der Wortlaut des § 288 neben der Gruppe der Wahrheits- und Wissenserklärungen zwar auch die Fallgruppe der Wollenserklärungen erfaßt, aber die Anwendung der Norm auf diese Fallgruppe im Ergebnis normzweckwidrig wäre.

Dabei ist weniger auf formalrechtliche oder konstruktive Aspekte abzustellen, wie dies vornehmlich bei Vertretern der Dispositionstheorie geschieht.² Sieht man in jedem Geständnis - unter Hinweis auf das Merkmal "Irrtum" bei der Widerrufsregelung - eine Wollenserklärung (z.B. dahingehend, die zugestandene Tatsache ungeprüft zur Urteilsgrundlage zu machen), so läßt sich auch das Geständnis einer unrichtigen Tatsache oder die Erklärung, man gestehe eine vom Gegner behauptete, selbst aber nicht wahrgenommene Tatsache zu, ohne

1 Schmidt, Geständnis, S. 151

2 vgl. u.a. Stein-Jonas-Pohle-Schumann/Leipold § 288 I 2; Rosenberg-Schwab § 117 I 1 g (Geständniserklärung gleich Wollenserklärung, weil sie die Erklärung enthalte, die Behauptung des Gegners nicht bestreiten zu wollen. Das folge aus dem doppelten Nachweis des § 290). Auch Henckel entnimmt die Zulässigkeit einer Wollenserklärung aus der Irrtumsregelung (S. 81).

Schwierigkeiten unter § 288 subsumieren. Gegen eine solche Dispositionstheorie spricht neben den bereits aufgezeigten Bedenken¹ augenscheinlich, daß eine Partei, die nur eine Wissenserklärung vor Gericht bei ihrer Anhörung nach § 141 Abs. 1 abgegeben hat², im Falle eines Widerrufs niemals einen solchen Irrtum, wie er z.B. in der Kommentierung von Rosenberg-Schwab³ verlangt wird, nachweisen kann, da sie den dazu erforderlichen Willen gar nicht hatte.⁴

Bei der Frage, ob die Fallgruppe der spezifischen Wollenserklärungen (Zugestehen einer unwahren oder vom Gestehenden nicht selbst wahrgenommenen Tatsache) nicht nur vom Wortlaut, sondern auch vom Zweck des § 288 erfaßt wird, ist vielmehr auf wertende Gesichtspunkte abzustellen, die für ein Geständnis typisch sind und eine solche Geständnisbindung rechtfertigen.

1. Alternative Tatbestandsbestimmung des Geständnisses

Die Geständnisregelung ist zum einen Ausdruck der Achtung des Gesetzgebers vor dem "Einigsein" der Parteien bei der Sachverhaltsaufklärung, zum anderen Ergebnis verfahrensökonomischer Erwägungen.⁵ Indem der Gesetzgeber von einer Sanktion für die Verletzung des § 138 Abs. 1 absah, so daß die Feststellung der Wahrheitspflicht nur langfristig durch

1 vgl. u.a. § 2 II B am Ende, § 3 I D 2, G dieser Untersuchung

2 zum Streit, ob die Partei im Anwaltsprozeß überhaupt ein Geständnis erklären kann, vgl. Thomas-Putzo § 78 2 d aa, § 288 2 b

3 vgl. Rosenberg-Schwab a.a.O.

4 vgl. Petersen, S. 35

5 vgl. § 2 IV 3 b dieser Untersuchung

die Hintertür über die anwaltliche Standespflicht zu einem Wandel der Prozeßsitten (Zurückdrängung der Prozeßlüge) führen sollte,¹ ließ er den Kernbereich der Geständnisregelung bei der Einführung der Wahrheitspflicht unangetastet. Somit können aus der Einführung des § 138 Abs. 1 keine Wertungsgesichtspunkte herangezogen werden.

Solche Wertungsaspekte lassen sich jedoch aus dem Zweck der Institution "Zivilprozeß" gewinnen, der im Vergleich zum Verwaltungsprozeß in stärkerem Maße neben dem Gesichtspunkt der Richtigkeitsgewähr der zu treffenden Entscheidung desjenigen der Verfahrensökonomie bedarf.²

1 vgl. Entwurf 1931, S. 286

2 Daher lehnt das Bundesverwaltungsgericht eine entsprechende Anwendung der Geständnisregeln im Verwaltungsprozeß über § 173 VwGO ab: "§ 288 Abs. I ZPO bindet das Gericht an bestimmte Geständnisse: Die 'von einer Partei behaupteten Tatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie ... zugestanden sind'. Diese Regelung erklärt sich daraus, daß für den allgemeinen Zivilprozeß der - gelegentlich auch als Prinzip der formellen Wahrheit bezeichnete - sog. Beibringungs- oder Verhandlungsgrundsatz gilt. Die den Parteien des Zivilprozesses bezüglich des zu verwertenden Tatsachenstoffes eingeräumte Parteiherrschaft schließt ein, daß das Gericht zugestandene ... Tatsachen grundsätzlich als wahr hinzunehmen hat. Derartige Bindungen sind dem Verwaltungsstreitverfahren fremd; sie wären in ihm auch schwerlich sachgerecht. Unter anderem für das Verwaltungsstreitverfahren ist geradezu kennzeichnend, daß die Gerichte den jeweiligen Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen haben und dabei an das Vorbringen der Beteiligten nicht gebunden sind (§ 86 Abs. I Satz 1 und 2 VwGO; Prinzip der materiellen Wahrheit). Das schließt eine entsprechende Anwendung des § 288 Abs. I ZPO aus" (JA 1972, S. 262). Zu den Aspekten der Richtigkeitsgewähr wie der Verfahrensökonomie vgl. Blomeyer JA 1972, S. 431: "Die Ökonomie-Normen zielen nicht auf Urteilsrichtigkeit, sondern auf Bewahrung der Beteiligten vor Nachteilen, deren Duldung der Wahrheitsfindungszweck nicht gebietet". Dazu vgl. auch Henckel, S. 61ff; Henke ZfP 84, 469 (471)

Im Hinblick auf den unterschiedlichen Streitgegenstand (Anspruch) im Zivil- und Verwaltungsprozeß kann sich der Gesetzgeber für den Zivilprozeß mit einem geringeren Maß der wahrscheinlichen Annäherung an die Wahrheit begnügen.¹ Wenn auch die Verfahrensordnungen zur Beilegung öffentlich-rechtlicher wie privatrechtlicher Streitigkeiten beide grundsätzlich auf das ideale Ziel der Wahrung des Rechtsfriedens und in diesem Rahmen auf das reale Ziel des Schutzes subjektiver Rechte² ausgerichtet sein müssen,³ so kann der Gesetzgeber doch zwischen primär privatrechtlichen⁴ und primär öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten differenzieren. Im Verwaltungsprozeß hat der Gesetzgeber bei der Frage nach dem Umfang der Sachverhaltsaufklärung auch Aspekte des Gemeinwohls, die den Streitgegenstand umgeben, zu berücksichtigen.

-
- 1 vgl. Lang Verw. Archiv 1961, S. 70; vgl. auch § 86 Abs. 1 VwGO, wonach das Verwaltungsgericht den Sachverhalt von Amts wegen erforscht und an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden ist.
 - 2 Dazu zählen im Öffentlichen Recht auch Rechte der Allgemeinheit. Die beklagte Behörde handelt in Prozeßstandschaft für Rechte der Allgemeinheit (Lang Verw. Archiv 1961, S. 76 Anm. 27).
 - 3 zu diesem Dualismus der Verfahrensordnungen vgl. Rimmelpacher, S. 19
 - 4 Der Zivilprozeß als Institut dient daneben "öffentlichen Belangen (Öffentliches Interesse an Schaffung und Erhaltung von Rechtsfrieden und Rechtsgewißheit)" vgl. Habscheid ZZP 81, S. 175ff (189). Ferner besteht, wenn "die Gemeinschaftseinrichtung des Gerichtsverfahrens" angegangen und die "prozessuale Maschinerie in Lauf gesetzt wird", ein öffentliches Interesse daran, daß eine solche staatliche Clearingstelle möglichst effizient (unter Berücksichtigung des gesamten tatsächlichen Sachverhalts) arbeitet (vgl. Kollhosser, S. 130).

Dieses öffentliche Interesse¹ spiegelt sich im Wesen des Verwaltungsprozesses wider,² der sich in der Regel nicht mehr in der Schlichtung eines Streites zwischen zwei Parteien erschöpft, sondern eine unsichtbare, schweigende Mehrheit mit seiner "Rechtskraft"³ erfaßt: "Was dem äußeren prozessualen Bild nach als Rechtsklärung und Interessenausgleich zwischen zwei Prozeßparteien erscheint, ist in Wahrheit eine Bestimmung konkurrierender Positionen und Befugnisse in Staat und Gesellschaft, stellvertretend für viele andere genauso betroffene Interessenten. Nicht selten wird der Verwaltungsprozeß damit das juristische Vehikel für die Austragung von Interessenkämpfen in großem Maßstabe; das Ver-

1 Ob dieses Interesse insbesondere durch einen Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Verwaltungsgerichten gewahrt werden muß (§§ 35, 36 VwGO) - so Neis DÖV 1972, S. 626ff - oder dem Gericht allein die Gemeinwohlfunktion des öffentlichen Interesses zukommen soll - so Grunsky § 33 I -, kann hier dahingestellt bleiben.

2 Überhaupt stellt das öffentliche Interesse einen Grundpfeiler im Normenbau der Rechtsordnung dar. "Es hat seinen Stellenwert im Zusammenspiel und Verhältnis der verschiedenen Staatsfunktionen zueinander und insbesondere im Verhältnis zu Verfassung, Öffentlichkeit, Gesetz und Recht Das öffentliche Interesse besitzt einen eminent normativen Aspekt" (Häberle, S. 204). Da am Inhalt des streitentscheidenden Zivilurteils aber nur ein geringes öffentliches Interesse besteht (vgl. Kollhosser, S. 139), bedarf dieser Aspekt - abgesehen von der "Effektivität der prozessualen Maschinerie" (Kollhosser, S. 140) - bei den Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers zur Sachverhaltsaufklärung keiner besonderen Berücksichtigung.

3 Im Sinne eines Präzedenzfalles für die Verwaltungsbehörden bei gleichgelagerten Fällen. Dies gilt aber auch zum Teil für den Zivilprozeß (z.B. Klagen auf Mieterhöhung gegen eine Vielzahl von Bewohnern desselben Hauses). Einigen sich die Parteien nicht außergerichtlich, bei gleichgelagerten Sachverhalten nur in einem Falle eine gerichtliche Klärung herbeizuführen, so kann sich gleichwohl eine solche "unsichtbare Rechtskraft" entfalten, wenn die Verfahren vor demselben Richter oder verschiedenen Abteilungen desselben Gerichts schweben.

waltungsrecht wird auch zum Steuerungsinstrument für die Verteilung des Sozialprodukts".¹ Diese Funktion des Verwaltungsprozesses erfordert es, daß dort im Gegensatz zum Zivilprozeß die Wertentscheidung des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz - die Einzelperson soll grundsätzlich in ihren Handlungen frei sein - in stärkerem Maße durch die soziale Gebundenheit der Parteien eingeschränkt wird.²

Im Zivilprozeß hingegen sind die Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers einerseits an der - von Zeit zu Zeit verschieden beantworteten - Frage, wie hoch der "Wille" der Partei(en) bei der Sachverhaltsaufklärung zu bewerten ist, andererseits am "Interesse der Gemeinschaft an einer möglichst rationalen Benutzung des Gerichtsverfahrens"³ auszurichten.

Bei solchen Erwägungen wurde und wird der Gesetzgeber nicht durch einen althergebrachten Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozeß eingeschränkt.⁴

1 Zeidler DVBl 1971, S. 565 (567f)

2 vgl. Lang Verw. Archiv 1961, S. 74f
Ob diese stärkere Einschränkung der Rechte der Parteien im Verwaltungsprozeß dort endet, d.h. das öffentliche Interesse an der Richtigkeit der Entscheidung dort entgegen dem Gesetz zurücktreten muß, wo die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis der Parteien im Vordergrund steht (im Anwendungsbe- reich der öffentlich-rechtlichen Verträge, im Rahmen der Leistungsverwaltung sowie in den Fällen, wo dem durch einen Verwaltungsakt Begünstigten ein Antrags- oder Verzichtszurecht eingeräumt ist - vgl. Lang Verw. Archiv 1961, S. 83), soll hier dahingestellt bleiben (vgl. dazu Lang a.a.O.; Grunsky § 20 I am Ende; OVG Hamburg NJW 1977, S. 214 bzgl. Anerkenntnisurteil im verwaltungsgerichtlichen Verfahren).

3 zum Begriffspaar vgl. Kollhosser, S. 132; zur Einschränkung der Parteiallmacht, Stärkung der richterlichen Prozeßleitung und strafferen Konzentrierung des Streitstoffes vgl. beispielsweise Entwurf 1931 S. 257f

4 vgl. Bomsdorf, S. 283: "Dieser Prozeßgrundsatz ist gerade kein Argument, sondern ein inhaltloses Schlagwort,..". Peters (S. 100) spricht unter Hinweis auf von Hippel (S. 165, 167) von einer "Fehl- abstraktion" und einem "Zerrbild". Zur Schrumpfung

Umgekehrt prägen die in der jeweiligen Verfahrensordnung oder -änderung ihren Niederschlag findenden neuen gesetzgeberischen Erwägungen über den Umfang der Sachverhaltsaufklärung durch das Gericht und den Einfluß der Parteiherrschaft lediglich die in jeder Verfahrensordnung vorhandenen Grundtendenzen mehr oder weniger aus, unabhängig davon, ob diese nun den Namen Verhandlungs- oder Untersuchungsgrundsatz tragen.¹

So lassen die gesetzgeberischen Erwägungen über die der heutigen Geständnisregelung zugrundeliegenden Bestimmungen der Allgemeinen Gerichtsordnung keinen Zweifel daran, daß dort auch die Fallgruppe der spezifischen Willenserklärungen von der Geständnisregelung umfaßt wurde.² Auch die anhand des Vergleichs des Streitgegenstands im Zivil- und Verwaltungsprozeß gewonnenen gegenwärtigen Wertungen des Gesetzgebers, die das Geständnis im Zivilprozeß als wesensimmanenten Bestandteil und nicht als hergebrachten und nun zum Fremdkörper gewordenen

der ursprünglichen Konzeption dieses Grundsatzes (Erhaltung der materiellrechtlichen Dispositionsbefugnis der Parteien für den prozessualen Bereich) vgl. Kollhosser, S. 132

1 So ist gerade das Geständnisrecht keine spezifische Erscheinung der Prozeßordnungen, die angeblich auf dem Verhandlungsgrundsatz beruhen. Die AGO, deren Geständnisrecht mit dem der ZPO in den wesentlichen Zügen übereinstimmt, wird gerade mit dem entgegengesetzten Grundsatz charakterisiert (vgl. § 2 IV B 3 b). Diese manchem Maximentheoretiker unwahrscheinlich anmutende Feststellung verliert sogleich den Glanz des Neuartigen, wenn man die Gedanken Gönners, des "Schöpfers" dieser Grundsätze (Maximen) aufgreift. Nachdem dieser aus einem Vergleich des gemeinen deutschen Zivilprozesses mit der AGO, d.h. nach Konzipierung der AGO und des dort geregelten Geständnisrechts die jeweils vorhandene Grundtendenz als "Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime" gegenübergestellt hatte, mußte er selbst einräumen, daß Teilbereiche dieser Maximen sich durchaus überlagern (Bd. I S. 176): "Beide beruhen auf Vernunftgründen, ohne daß die eine die andere ganz ausschließt".

2 vgl. § 2 B 3 b dieser Untersuchung

Bestandteil erscheinen lassen, rechtfertigen eine Geständnisbindung für die Fallgruppe der spezifischen Wollenserklärungen. Denn typisch für ein Geständnis ist, daß bei übereinstimmendem Sachvortrag ein Abkürzungsmechanismus einsetzt, so daß es nicht mehr darauf ankommt, ob die entsprechende tatsächliche Behauptung vom Gericht für wahr oder nicht für wahr zu erachten ist. Von der Existenz eines Geständnisses ab richtet das Gericht sein Augenmerk nicht mehr auf die Wahrheit einer solchen zugestandenen Tatsache und sammelt insoweit keine Argumente für eine Entscheidung nach § 286 Abs. 1 Satz 1.¹

Schon der Prozeß der richterlichen Überzeugungsbildung hat nicht die Wahrheitsfindung an sich zum Ziel,² sondern nur die Herbeiführung eines streitentscheidenden Richterspruches, der durch seine Ausrichtung auf die wirkliche, wahre Sachlage bei streitigem Parteivortrag am ehesten geeignet ist, den Rechtsfrieden zwischen den Parteien herzustellen. Ein Geständnis hingegen, das die zugestandene Tatsache von der Beweisbedürftigkeit befreit, läßt die Wahrheit zur Nebensache werden,³ solange die Unwahrheit nicht offenkundig ist (§ 291) oder Anzeichen für eine Kollusion gegeben sind, die selbst bei übereinstimmendem Vortrag einer Einzeltatsache als Gefährdungsmoment des Rechtsfriedens zu betrachten ist.⁴

1 Das Geständnis einer solchen zugestandenen Einzeltatsache kann gem. § 286 Abs. 1 Satz 1 wohl noch bei der Würdigung des gesamten Inhalts der Verhandlung eine Bedeutung entfalten.

2 Denn dem Gericht steht nicht die dafür erforderliche Möglichkeit offen, den Vortrag der Parteien durch privat bekannt gewordene, aber nicht vorgebrachte Tatsachen zu ergänzen oder ohne entsprechenden Beweisantrag Zeugen zu vernehmen.

3 vgl. Petersen, S. 37

4 Bei Verdacht einer Straftat kann das Gericht das Verfahren auch aussetzen (§ 149).

Das Gericht urteilt insoweit "unangesehen die Wahrheit". Es wäre geradezu falsch und vermessen, das Gericht zu zwingen, die zugestandene Tatsache als wahr hinzunehmen, da das Beweiserhebungs- und -würdigungsverbot für das Gericht lediglich an die für ein Geständnis typische Kongruenz zweier Behauptungen anknüpft. Durch den Zweck der Bestimmung des § 288, allein an den übereinstimmenden Vortrag einer Tatsache die Bindungswirkung des Gerichts zu knüpfen, ist nicht ausgeschlossen, daß die zugestandene Tatsache gerade auch unwahr sein kann.

Daher erscheint die Anwendung des § 288 auf diese Fallgruppe im Ergebnis nicht normzweckwidrig,¹ da die ratio legis (Ausschluß des § 286 bei übereinstimmend vorgetragener Tatsache zur Verkürzung des Verfahrens ohne Berücksichtigung der Zweifel² des Gerichts an der Wahrheit der zugestandenen Tatsache) auch auf die Fälle der spezifischen Wollenserklärung zutrifft. Die Ausklammerung solcher für das Gericht meist nicht erkennbarer Wollenserklärungen nähme der Bestimmung des § 288 sonst auch gerade ihre Praktikabilität.

2. Einfluß der Wahrheitspflicht auf die Bindung a) des Gerichts

Aus der Alternativität der Geständniserklärung
(Wissens- bzw. Wahrheitserklärung oder Wollenser-

1 so auch Würthwein S. 59; a.A. Häsemeyer, der hier von einer unkontrollierbaren Möglichkeit einer zweckwidrigen Ausnutzung der Bindung des Gerichts spricht (ZZP 85, S. 207 (223))

2 "Die Parteien wissen am besten, was geschehen ist; jedenfalls wissen sie es im Zweifel besser als der Richter, der nicht dabei gewesen ist. Es ist also eher anzunehmen, daß dieser sich irrt, als daß beide Parteien sich irren" (Schneider DRiZ 1963, S. 343); so auch Lorenz JW 1934, S. 875

klärung) folgt, daß die Bestimmung des § 138 Abs. 1 in dem Bereich keine Wirkung entfalten kann, in dem die Geständnisregeln durch ihre abkürzende Funktion den Ausschluß des § 286 bewirken. Die vom Geständnis ausgehende Sperrwirkung gegenüber dem Gericht bei der Würdigung der Wahrheit der zugestandenen Tatsache findet erst ihre Grenze, wenn die Voraussetzungen des § 291 vorliegen.¹ Denn die nicht den Grad des § 291 erreichenden Zweifel des Richters an der Wahrheit der zugestandenen Tatsache sollen infolge des vorwiegend an Praktikabilitätsgründen ausgerichteten Normzweckes nicht zur Aufhebung des Verbots der Beweiserhebung oder -würdigung führen.

Gerade deshalb ist unter rechtspolitischen Gesichtspunkten die Bindung des Gerichts an ein gerichtliches Geständnis beizubehalten und der Gesichtspunkt der freien Würdigung zulehnen.² Angesichts der durch die Vereinfachungsnovelle ab 1.7.1977 eingetretenen Konzentration auf die tatsächlich erforderlichen Verhandlungstermine und der Gewichtsverlagerung auf die mündliche Verhandlung³ dürfte dem Geständnis eine zunehmende Bedeutung zukommen.

Letztlich konzentriert sich somit die Frage nach dem Einfluß der Wahrheitspflicht beim Geständnis

1 vgl. § 1 I A (3) dieser Untersuchung; vgl. in diesem Zusammenhang auch Buchholz JW 1937, S. 2749f: "Wenn der Richter die volle Überzeugung erlangt, eine Parteibehauptung sei objektiv und subjektiv unwahr, hat er diese Behauptung gem. § 138 Abs. 1 außer Betracht zu lassen". Im Anschluß hieran muß Buchholz aber die mangelnde Praktikabilität dieser These eingestehen, sofern nicht die Voraussetzungen des § 291 gegeben sind.

2 a.A. Fischer DJZ 1935, S. 474; Lent ZZP 63, S. 54; Schmidt, Geständnis, S. 154; Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 255

3 vgl. EZPO Bundestagsdrucksache 7/2729, S. 34 sowie § 272 Abs. 1 n.F.; Putzo NJW 1977, S. 1

darauf, ob die Bindung der gestehenden Partei gem. § 290 entfällt, wenn sie ein Geständnis unter Hinweis auf eine Verletzung der Wahrheitspflicht bei der Abgabe widerruft.

b) der gestehenden Partei

Die Geständnisregelung sieht sowohl aus Gründen der Prozeßökonomie als auch zum Schutze des Gegners des Gestehenden keine freie konsequenzenlose Widerruflichkeit des Geständnisses vor.¹ Die Gründe sind darin zu sehen, daß auf der einen Seite der erkennende Richter von der Existenz eines Geständnisses ab keine Argumente mehr für eine Entscheidung nach § 286 Abs. 1 Satz 1 sammelt und auf der anderen Seite der Gegner des Gestehenden ab diesem Zeitpunkt insoweit keinen Beweis mehr führen darf. Er soll nun aber keinen Schaden dadurch erleiden, daß er bei freier Widerrufsmöglichkeit später den Beweis nicht oder nicht mehr ausreichend führen kann.

Auch bleibt zu berücksichtigen, daß die Motivation des Gestehenden auf die Wirksamkeit des Geständnisses und damit auch auf die Bindung des Gestehenden daran ohne Einfluß bleibt, sofern er seine Behauptung zum Prozeßstoff machen wollte. Denn die Bindungswirkungen sind lediglich an die Übereinstimmung der Erklärung des Behauptenden und des Gestehenden gegenüber dem Gericht geknüpft.

Somit kann ein Geständnis nicht allein unter Hinweis auf eine Verletzung der Wahrheitspflicht bei

1 vgl. § 2 IV B 3 c dieser Untersuchung

der Abgabe widerrufen werden.¹ Die widerrufende Partei hat jedenfalls den Beweis zu führen, daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspricht.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob infolge der Einführung der Wahrheitspflicht eine bewußt unwahre Erklärung nicht zu beachten und somit das Gericht beim Widerruf allein auf den Beweis der Unwahrheit,² nicht aber noch zusätzlich auf den in § 290 erwähnten Beweis des Irrtums abstellen darf.³ Legt man in unberechtigter Weise den Irrtumsbegriff des § 290 unter Berücksichtigung des - erst im Jahre 1933 in die ZPO eingeführten - § 138 Abs. 1 aus, so berechtigt dieses Merkmal nur dann zum Widerruf, wenn das Geständnis unwahr ist, d.h., wenn die Partei ein Geständnis abgelegt hat, das sie für wahr hielt, d.h., wenn ihr das Dispositionsbewußtsein fehlte.⁴

Gegen einen solchen in § 290 hineininterpretierten Sanktionscharakter spricht schon, daß der Gesetz-

1 so aber die de lege ferenda-Forderung Rosenbergs in seiner Stellungnahme zum Entwurf einer Zivilprozeßordnung 1933; er sah den Widerruf zum Schaden der Wahrheitsermittlung zu sehr erschwert und schlug vor, die neue ZPO sollte wählen entweder zwischen der Regelung in § 266 Abs. II der österreichischen ZPO, die den Einfluß eines Widerrufs in das "durch sorgfältige Erwägung aller Umstände geleitete Ermessen" des Gerichts stellt, oder der von Art. 216 der Berner ZPO vom 7. Juli 1918, wonach eine Partei "ihr Geständnis zurückziehen kann, wenn sie glaubwürdig dartut, daß sie eine Tatsache irrtümlicherweise zugestanden hat oder in schuldhafter Weise von der Gegenseite dazu veranlaßt ist". (S. 323)

2 so Wieczorek § 290 A II

3 so der BGH in ständiger Rechtsprechung (MDR 1962, S. 730; VersR 1970, S. 826); gegen einen solchen Sanktionscharakter des § 290 für die Verletzung der Wahrheitspflicht vgl. insbesondere Bernhardt JZ 1963, S. 245ff

4 vgl. Henckel, S. 81-83; so schon Petersen, S. 46f (Der Nachweis der Unwahrheit sei nur als Hinweis für den Richter vorgesehen, daß kein anderer Irrtum als der über die Wahrheit der zugestandenen Tatsache zum Widerruf ausreichen sollte; S. 48)

geber 1933 für die Verletzung der Pflicht des § 138 Abs. 1 nicht ohne Grund keine besonderen Sanktionen vorgesehen und es bei der allgemeinen Regelung des § 279 belassen hat.

Selbst wenn man aber gleichwohl ein Spannungsverhältnis zwischen den Bestimmungen des § 290 und § 138 Abs. 1 bejaht, so kann man dieses bei der Frage nach dem Widerruf eines unwahren Geständnisses nicht allein mit dem Hinweis auf den Wortlaut der Regelung des § 290 auflösen. Die gegenwärtige Regelung des § 290 führt zu Unrecht den Irrtum als einzigen Zulässigkeitsgrund für den Widerruf eines Geständnisses auf. Nach der gesetzlichen Entstehungsgeschichte deutet das Merkmal "Irrtum" in der Widerrufsregelung möglicherweise auf die Vorstellung des Gesetzgebers hin, das Geständnis stelle eine Willenserklärung dar. Der Gesetzgeber kann sich aber auch vom in der Widerrufsregelung der AGO expressis verbis neben anderen aner kennenswerten Widerrufsgründen angeführten Normalfall "Irrtum" haben leiten lassen.¹

Zudem bleibt festzuhalten, daß es sich schon nach der Vorstellung des Gesetzgebers bei dem das Geständnis veranlassenden Irrtum nicht begriffsnotwendigerweise um einen Irrtum über die wahre Bewandnis der zugestandenen Tatsache handeln muß.²

Danach ist auch ein Widerruf eines unwahren Geständnisses wirksam, wenn der Gestehende einen entsprechenden, das Geständnis veranlassenden Irrtum nachweist (z.B. Irrtum über die Erheblichkeit eines zugestandenen Tatsachenkomplexes zur Abwendung einer langwierigen und kostspieligen Beweisaufnahme³) und

1 vgl. § 2 IV B 5 dieser Untersuchung

2 vgl. Anm. 1

3 a.A. RG JW 1902, S. 166, das den irrigen Glauben an die Wahrheit der zugestandenen Tatsache für erforderlich hält.

daneben die Unrichtigkeit des zugestandenenen Tatsachenkomplexes. Auch in allen anderen Fällen, in denen die gestehende Partei durchaus achtenswerte Gründe gehabt hat, eine bestimmte Tatsache zuzugestehen,¹ kann das Merkmal "Irrtum" einem Widerruf nicht entgegenstehen. Denn das Schwergewicht der Widerrufsregelung liegt beim Nachweis der Unrichtigkeit der zugestandenenen Tatsache.² Mit diesem Nachweis durch den Gestehenden wird der vom Gesetzgeber an ein Geständnis geknüpften Unzulässigkeit der Beweisführung durch den Beweisführungsberechtigten bereits in ausreichendem Maße Rechnung getragen.

Tritt die gestehende Partei für die Unrichtigkeit der zugestandenenen Tatsache diesen ihr obliegenden "Gegenbeweis" an, so muß allein ein solcher Beweis-antrag unter Beachtung des Prozeß-Zielprinzips der Richtigkeitsgewähr der zu treffenden Entscheidung für die Widerruflichkeit des Geständnisses ausreichen. Dem korrespondierenden Prozeß-Zielprinzip der Ökonomie wird dadurch Rechnung getragen, daß der Widerruf eines Geständnisses dann ausgeschlossen ist, wenn die gestehende Partei grob nachlässig oder in Prozeßverschleppungsabsicht gehandelt hat (§ 279).³

Diese Vorschrift lautete ursprünglich (§ 252 nach der alten Zählung): "Vertheidigungsmittel, welche von dem Beklagten nachträglich vorgebracht werden, können auf Antrag zurückgewiesen werden, wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde, und das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß der Beklagte in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen oder aus grober Nachlässigkeit die Vertheidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat".⁴

1 vgl. § 2 IV B 3 c Anm. 1 dieser Untersuchung; Wieczorek § 290 Anm. A III (jedoch unter Hinweis auf § 138 Abs. 1)

2 vgl. § 2 IV B 5 dieser Untersuchung

3 ab 1.7.1977: § 296 Abs. 2

4 Struckmann-Koch § 252

Die Vorschrift bezog sich also nur auf Verteidigungsmittel des Beklagten. Zudem war ein Antrag des Klägers erforderlich. Außerdem fand eine gänzliche Zurückweisung der Verteidigungsmittel nicht statt, vielmehr nur ein Vorbehalt gesonderter Geltendmachung (§§ 502, 503 alter Fassung).¹ Damit konnten die Parteien frei darüber entscheiden, wann sie dem Gericht tatsächliche Umstände mitteilen wollten. Lediglich die nachträglichen Verteidigungsmittel des Beklagten konnten auf Antrag des Klägers für diese Instanz zurückgewiesen werden. Nachträgliche Beweismittel konnte das Gericht nicht zurückweisen, sondern lediglich Kostennachteile aussprechen (§ 256 Abs. 2 alter Fassung).²

Erst durch die Novelle zum Zivilprozeß vom 13. Februar 1924 erhielten die Regelungen der §§ 279 Abs. 1,³ 279 a, 283 Abs. 2, 529 Abs. 2 ihre bis zum 30.6.1977 gültige Fassung.⁴ Neben der Ausdehnung des Geltungs-

1 Struckmann-Koch § 252 Anm. 5

2 vgl. Bomsdorf, S. 271

3 § 279 Abs. 2 wurde erst mit der Novelle 1933 in die ZPO eingeführt; diese Vorschrift dient nur der Sanktion des § 272 (Volkmar JW 1933, S. 2427, 2429).

4 Durch die Vereinfachungsnovelle vom 3.12.1976 hat der Gesetzgeber die in den §§ 279, 279a und 283 Abs. 2 durch Zurückweisung verspäteten Vorbringens enthaltene mittelbare Prozeßförderungspflicht in § 282 Abs. 1 S. 1 n.F. den Parteien unmittelbar zur Pflicht gemacht. Die Parteien müssen ab dem 1.7.1977 ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel so zeitig vortragen, wie es nach der Prozeßlage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung entspricht. Damit einher geht die Verschärfung der Sanktionsregeln §§ 279, 279a und 283 Abs. 2, bei denen sich für das Gericht die Schwierigkeit ergab, ein grobes Verschulden oder eine Verschleppungsabsicht festzustellen, in § 296 Abs. 1 und 2 n.F.:
(1) Angriffs- und Verteidigungsmittel (sc. insbesondere Behauptungen, Bestreitungen, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden - § 282), die erst nach Ablauf einer hierfür gesetzten Frist (§ 273 Abs. 2 Nr. 1, § 275 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, 4, § 276 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, § 277) vorgebracht werden, sind nur zuzulassen, wenn nach der freien

bereiches fällt insbesondere die Zurückweisung von Amts wegen ins Auge. Mit § 279 a.F. ist der Zivilprozeßordnung eine Grundregel eingefügt worden, die nach Art. 103 Abs. 1 GG bestehende Pflicht des Gerichts, das Vorbringen einer Partei zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen,¹ ökonomisch sinnvoll durch das Recht des Gerichts zu modifizieren, einer Prozeßverschleppung entgegenzutreten. Da Mittel im Sinne des § 279 auch die zur Begründung eines Klageantrags vorgebrachten Tatsachen und damit auch die vom Gegner zugestandenen Tatsachen² sind, erscheint es sachlich gerechtfertigt, die Widerrufsregelung des Geständnisses auf § 279 a.F.³ auszurichten.

Kommt es bei der Frage nach der Begründetheit des Widerrufs zu einer Verzögerung des Rechtsstreits, so hat das Gericht dies bei der Kostenentscheidung zum Ausdruck zu bringen (§§ 95, 97 Abs. 2).⁴

Überzeugung des Gerichts ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt.

(2) Angriffs- und Verteidigungsmittel, die entgegen § 282 Abs. 2 nicht rechtzeitig mitgeteilt werden, können zurückgewiesen werden, wenn ihre Zulassung nach der freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und die Verspätung auf grober Fahrlässigkeit beruht.

Ferner sollen Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen wurden, auch in der Berufung ausgeschlossen sein (§ 528 Abs. 3 n.F.).

1 vgl. BVerfG DRiZ 1973, S. 203

2 so schon RG JW 1899, S. 768

3 ab dem 1.7.1977: § 296 Abs. 2

4 vgl. auch die Kann-Vorschriften der §§ 96 ZPO, 34 GKG

IV Die Bindung des Gerichts an die Geständnis-
fiktionen bei Verletzung der Wahrheitspflicht

A Besonderheiten über die Geständnisproblematik
hinaus

1. § 138 Abs. 3

Soweit die Frage auftaucht, ob die neugefaßte Vorschrift des § 138 Abs. 1 den Kernbereich des § 138 Abs. 3 berührt, wird auf die gleichgelagerte Problematik der Bindung des Gerichts an ein unwahres Geständnis verwiesen. Lediglich zwei Gesichtspunkte bedürfen noch der besonderen Erwähnung.

Verfügt das Gericht über Indizien, daß eine Partei eine objektiv und subjektiv unwahre Behauptung aufgestellt hat, so kann es über § 139 die Gutgläubigkeit des Schweigenden beseitigen.¹ Schweigt die Partei auch dann noch weiterhin, so entfällt die Bindung des Gerichts nur für den Fall, daß die Vorschrift des § 291 oder eines sonstigen Ausnahmetatbestandes eingreift.²

Dafür spricht auch schon ein rein optisches Moment. Hätte der Gesetzgeber entgegen den Motiven die allgemeine Wirkung des § 138 Abs. 3 im Falle der Mißachtung des § 138 Abs. 1 einschränken wollen, so wäre ihm das ein leichtes gewesen. Wenn er gleichwohl trotz des geringen Abstandes von Abs. 1 zu Abs. 3 keine Korrektur des Abs. 3 vorgenommen hat - diese Problematik muß auch der Gesetzgeber gesehen haben -, so stellt dieser Umstand ein gewichtiges Argument für die oben vertretene Bindungswirkung dar, das nicht in dem Maße wie im Falle der §§ 288, 290, 138 Abs. 1 als reiner Gesetzespositivismus abgetan werden sollte.

1 vgl. Münter, S. 48

2 vgl. § 1 I A dieser Untersuchung; zur Nichtberücksichtigung von Parteibehauptungen als willkürlichen Vermutungen vgl. BGH NJW 1968, S. 1233

2. § 331

Für die hier allein interessierende Geständnisfiktion bei Säumnis des Beklagten, die sich als Summierung der Rechtswirkungen des § 138 Abs. 3 darstellt, gilt es zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Säumnis des Beklagten im ersten Termin

In diesem Stadium wird die Frage des Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 kaum auftauchen. Dem Gericht liegen vorbereitende Schriftsätze sowie eventuelle Ergebnisse aus den Anordnungen gem. § 273 vor. Das dürfte in den wenigsten Fällen genügen, die Frage nach der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache sicher zu entscheiden. Bloße Zweifel oder Mutmaßungen des Gerichts sollen aber gerade ein Versäumnisurteil nicht verhindern.¹ Das ergibt sich schon daraus, daß dem Gericht eine über die Anordnungen gem. § 273 hinausgehende Beweiserhebung verboten ist. Klammert man die Fälle aus, in denen dem Kläger aufgrund offenkundig unrichtiger oder unmöglicher Tatsachen ein echtes Versäumnisurteil verwehrt wird, so bleibt für die Frage des Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 der Fall übrig, in dem das Gericht sich eine sichere Überzeugung von der Unwahrheit einer vom Kläger behaupteten Tatsache aufgrund einer Beweiserhebung gem. § 358 a vor dem frühen ersten Termin oder Haupttermin gebildet hat. Dieser Fall ist wie die Säumnis des Beklagten in einem weiteren Termin zu behandeln.

1 vgl. Krencker, S. 62

b) Säumnis des Beklagten in einem weiteren Termin

Hat der Beklagte dagegen im ersten Termin verhandelt, fehlt nun aber in einem folgenden Termin, auf den die mündliche Verhandlung vertagt oder der zur Fortsetzung vor oder nach dem Erlaß eines Beweisbeschlusses bestimmt ist, so bleiben nach herrschender Meinung Geständnisse, Anerkenntnisse und Beweisaufnahmen für das Versäumnisurteil unberücksichtigt. Das Gericht ist an das Vorbringen des Klägers gebunden, als wäre es im ersten Termin vorgetragen.¹ Diese Ansicht wird auf die - trotz der Einspruchsmöglichkeit des § 342 - bedenkliche² Regelung des § 332 gestützt.

B Rechtsprechung

Die Rechtsprechung schließt bei Verstoß des Klägers gegen die Wahrheitspflicht die Verwertung der unwahren Behauptung bei Säumnis des Beklagten aus.³ Hier wird neben der Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen im 72. Band, S. 113ff (1939) und der des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen (1935)⁴ die Entscheidung des BGHSt im 24. Band, S. 257 (26of) aus dem Jahre 1971 zitiert.

Ob der Rechtsprechung hier im Hinblick auf § 138 Abs. 1 zu folgen ist, bedarf einer eingehenden Untersuchung.

1 Baumbach-Lauterbach § 332 Anm. 2; Brüggemann, S. 348

2 zu den Bedenken vgl. Münter, S. 53ff; die Lösungsansätze der Mindermeinung werden im folgenden dargestellt.

3 Dies dürfte auch für § 138 Abs. 3 gelten, obwohl - soweit ersichtlich - zu diesem Problemkreis keine einschlägige Entscheidung veröffentlicht worden ist. Denn eine Partei darf keine Behauptung ohne jede Grundlage ins Blaue hinein aufstellen (vgl. BGH LM § 282 ZPO Nr. 1).

4 ArbR Sammlung 25 (1936), S. 175

So führt das Reichsgericht in seiner Entscheidung aus:

"Wird in einem Unterhaltsrechtsstreite der Richter durch eine falsche Zeugenaussage der unehelichen Mutter veranlaßt, den angeblichen Kindesvater zu einer Unterhaltszahlung an das Kind zu verurteilen, die dieser nicht schuldet, so ist damit die Vermögensbeschädigung des angeblichen Kindesvaters eingetreten und der Betrug, falls auch der innere Tatbestand erfüllt ist, vollendet (RGSt. Bd. 59 S. 104, Bd. 69 S. 44).

Im vorliegenden Fall ist aber der angebliche Kindesvater durch ein rechtskräftig gewordenes Versäumnisurteil zur Unterhaltszahlung verurteilt worden. Trotzdem kann vollendeter Betrug vorliegen.

Die Angeklagte hat wider besseres Wissen dem Amtsvormunde, damit dieser Klage erhebe, erklärt, daß sie in der Empfängniszeit nur mit dem Beklagten Geschlechtsverkehr gehabt habe. Ließe sich das feststellen, so wäre folgendes von Bedeutung: Prozeßbetrug kann nach der Rechtsprechung des RG nicht nur durch eine falsche Zeugenaussage, sondern auch durch eine bewußt falsche Parteibehauptung begangen werden, auch wenn keine Beweismittel benannt worden sind (RGSt Bd. 69 S. 44, 48 Abs. 3, RGUrt. v. 11. Oktober 1935 1 D 689/35 = JW 1936 S. 196 Nr. 19, v. 24. Mai 1937 5 D 219/37 = JW 1937 S. 2391 Nr. 58). In der Entscheidung RGSt Bd. 69 S. 44 ist allerdings auf S. 48 Abs. 3 ausgeführt, dieser Grundsatz gelte nur, soweit nicht etwa ausnahmsweise - wie z.B. im Versäumnisverfahren (RGSt Bd. 20 S. 391, 393; Bd. 42 S. 410) - der Richter ohne Rücksicht auf Glauben oder Nichtglauben verpflichtet sei, auf eine Parteierklärung hin eine Entscheidung zu treffen. Die Auffassung, die in dieser Einschränkung zutage tritt, ist aber nicht

richtig. Nach der neuen Auffassung des Verfahrensrechtes, die sich auf das Gesetz über die Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 29. Oktober 1933 gründet, hat der Richter auch im Versäumnisverfahren das Urteil zu versagen, wenn er die Klagebehauptung für bewußt falsch hält. Die bewußt falsche Parteibehauptung hat nicht bloß im Scheinverfahren (RGSt Bd. 59 S. 104), sondern überhaupt keinen Anspruch auf Rechtsschutz. Es kann heute nicht mehr wie in RGSt Bd. 63 S. 391 gesagt werden, infolge des das bürgerliche Streitverfahren beherrschenden Grundsatzes des Parteibetriebes fehle der ursächliche Zusammenhang, oder der Richter müsse das Versäumnisurteil auf Grund des § 331 ZPO stets auch dann erlassen, wenn er davon überzeugt sei, daß die Partei bewußt falsche Behauptungen aufgestellt habe. (So RGSt Bd. 42 S. 410 Abs. 2; Bd. 69 S. 44, 48 Abs. 3). Da aber im vorliegenden Falle nicht die Angeklagte, sondern ihr durch den Amtsvormund vertretenes Kind Klägerin gewesen ist, kann nicht etwa wegen des Meineides der Angeklagten auch das Klagevorbringen des Amtsvormundes als bewußt falsch angesehen werden. Davon, daß er bewußt falsche Behauptungen aufgestellt habe, kann nach dem Sachverhalte keine Rede sein. Es wird aber in der neuen Verhandlung zu prüfen sein, ob sich die Kindesmutter nicht etwa als mittelbare Täterin des Amtsvormundes zur Klageerhebung und zum Vorbringen bewußt falscher Behauptungen bedient hat. Sollte das festgestellt werden, so könnte es als vollendeter Betrug angesehen werden, daß die Angeklagte das Versäumnisurteil erschlichen hat".

In dem Urteil des Arbeitsgerichtes Gelsenkirchen heißt es:

"Die Klage war abzuweisen und das beantragte Versäumnisurteil nicht zu erlassen. Es kann zwar keinem Zweifel unterliegen, daß der Beklagte im

letzten Termin säumig war....

Das Gericht hat aber die Überzeugung gewonnen, daß der Kläger wissentlich die Unwahrheit sagt, wenn er behauptet, er habe in den Jahren 1928 - 1930 noch Geschäftsabschlüsse getätigt und Arbeitsstunden geleistet, für die er noch keine Provision erhalten habe. Zu dieser Überzeugung ist das Gericht einmal auf Grund der im Strafprozess gegen den Kläger gemachten Aussagen des Beklagten und der Buchhalterin gekommen. Aus diesen Aussagen geht hervor, daß der Kläger sein Gehalt immer pünktlich bekommen hat und daß ihm gewöhnlich auch die verdiente Provision zugeteilt worden ist. Das Gericht hat gar keinen Anlaß, an der Richtigkeit dieser unter Eid und mit Klarheit und Bestimmtheit gemachten Aussagen, die das Schöffengericht ebenfalls zur Grundlage seines Urteils gemacht hat, zu zweifeln. Im übrigen muß man auch aus dem Verhalten des Klägers, der die Berufung nur auf das Strafmaß beschränkt und sich damit im Grunde als schuldig bekannt hat, schließen, daß es ihm mit seiner Einlassung, er habe noch etwa 3.000,- RM vom Beklagten zu bekommen, selbst nicht recht Ernst war. Dafür spricht auch noch, daß der Kläger, dem es seit seiner Einlassung offenbar wirtschaftlich sehr schlecht gegangen ist, mehr als vier Jahre verstreichen läßt, ehe er sich auf seine nicht unbedeutenden angeblichen Ansprüche gegen den Beklagten besinnt. Hat der Kläger¹ aber derartige bewußt unwahre Behauptungen aufgestellt, so hat er gegen den Grundsatz des § 138 I ZPO verstoßen.

In dem Grundsatz des § 138 I, der ausspricht, daß die Parteien ihre Erklärungen der Wahrheit gemäß abzugeben haben, ist der Gedanke enthalten, daß der Staat nur gewillt ist, Rechte endgültig durch Urteil festzustellen und seine Autorität für diese Rechte einzusetzen, wenn sich in Wirklichkeit Le-

1 In der Entscheidung heißt es irrtümlich "Beklagter".

bensvorgänge abgespielt haben, die nach den Vorschriften des materiellen Rechts diese Rechtsfolge zur Entstehung bringen lassen können. Ob und inwieweit dieser Gedanke eine Abkehr von dem bisher herrschenden Verhandlungsgrundsatz zum Untersuchungsgrundsatz darstellt, kann dahingestellt bleiben. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß in diesem Gedanken wenigstens das enthalten ist, daß der Staat dem von ihm erkannten bewußt unredlichen Verhalten einer Partei, das darin besteht, daß die Partei bewußt unwahre Behauptungen aufstellt, in keiner Weise seinen Schutz bieten will. Hieraus folgt für das erkennende Gericht die Verpflichtung, bei der Rechtsfindung das Vorbringen einer Partei außer acht zu lassen, wenn sich herausgestellt hat, daß das Vorbringen bewußt unrichtig ist... Dieser den ganzen Prozeß nach der Novelle vom 27.10.1933 beherrschende Grundsatz der Prozeßwahrheit muß auch einschränkenden Einfluß auf die Vorschriften über das Versäumnisverfahren haben. Wenn gemäß § 331 das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers im Falle der Säumnis als zugestanden gilt, so kann diese Vorschrift unter Einbeziehung des Gedankens des § 138 I ZPO nur das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers treffen, das vom Gericht nicht als bewußt unwahr erkannt ist.....

Unter Anerkennung dieser Grundsätze hatte das Gericht im vorliegenden Fall pflichtgemäß die Behauptung des Klägers, er habe in den Jahren 1928 - 30 für den Beklagten Arbeit geleistet, die noch nicht abgegolten sei, als bewußt unwahr unberücksichtigt zu lassen. Nach Wegfall dieser Behauptung waren aber keine Behauptungen mehr vorhanden, die den Antrag des Klägers gerechtfertigt hätten. Bei dieser Sachlage konnte auch keine Vertagung etwa gemäß § 335 ZPO¹ in Frage kommen, sondern die Klage war mangels weiterer schlüssiger Behauptungen gemäß § 331 II Satz 2

¹ In der Entscheidung ist hier durch ein Versehen (?) ein "nicht" hineingeraten.

durch sog. unechtes Versäumnisurteil abzuweisen". Der Bundesgerichtshof in Strafsachen vertritt die Ansicht:

"Ein Prozeßbetrug kann, anders als die Revision unter Hinweis auf Schönke-Schröder, StGB 15. Aufl. § 263 Randnummer 53 meint, auch im Mahnverfahren begangen werden. Das war zwar lange streitig und wurde zunächst auch vom Reichsgericht verneint, muß aber bei zutreffender Beurteilung der Aufgaben des Rechtspflegers im Mahnverfahren bejaht werden (RGSt 72, 115; Jagusch LK 8. Auflage § 263 Anmerkung 11f; Dreher, StGB 32. Auflage § 263 Anm. 3 B). Wohl hat der Rechtspfleger vor dem Erlaß des Zahlungsbefehls nur zu prüfen, ob die vom Antragsteller bezeichneten Tatsachen in schlüssiger Weise den von ihm geltend gemachten Anspruch rechtfertigen.¹ Auf ihre Richtigkeit hat er sie nicht zu untersuchen. Hieraus folgt indessen nicht, daß die Möglichkeit einer Täuschung ausgeschlossen ist; denn das Nichtbestehen einer besonderen Prüfungspflicht auf der Grundlage des für den Zivilprozeß geltenden Prinzips der formellen Wahrheit bedeutet auch für den Rechtspfleger nur, daß er die von dem Antragsteller aufgestellte Behauptung der sachlichen Wahrheit seines Vorbringens hinzunehmen hat. Er müßte den Erlaß eines Zahlungsbefehls ablehnen, den ein Antragsteller für eine nach seiner eigenen Eröffnung schon getilgte oder gar nicht entstandene Forderung beantragen würde. Infolgedessen wird er

¹ Nach der Vereinfachungsnovelle vom 3.12.1976 wird der Mahnbescheid allein aufgrund des Mahnantrags erlassen, ohne daß dabei eine Schlüssigkeitsprüfung stattfindet (§§ 690, 692 Abs. 1 S. 2 n.F.). Bei bewußter Falschbezeichnung des Gerichts i.S. von § 690 Abs. 1 Nr. 5 ZPO steht dem Rechtspfleger jedoch ein Beanstandungsrecht zu, da die Neufassung der §§ 688ff durch die Vereinfachungsnovelle nichts an der Wahrheitspflicht des Antragstellers geändert hat (Vollkommer, Der Deutsche Rechtspfleger 1978, S. 82, 83).

durch die bewußt unwahre Behauptung anspruchsbegründender Tatsachen getäuscht und durch diese Täuschung zum Erlaß des Zahlungsbefehls veranlaßt".

Die Rechtsprechung hat damit den Streit, ob die Wahrheitspflicht die Verwertung unwahrer Tatsachen ausschließt, nicht mit geradezu überzeugenden Argumenten belebt. So behauptet das Reichsgericht in Strafsachen lapidar, nach der "neuen Auffassung des Verfahrensrechts" durch die Novelle von 1933 habe der Richter auch im Versäumnisverfahren das Urteil zu versagen, wenn er überzeugt sei, daß die Klagebehauptung bewußt falsch sei. Dahinter steht der Gedanke, auf diesem Wege die Betrugsmerkmale "Täuschung" und "Irrtumserregung" bejahen zu können. Es ist aber doch gerade fraglich, ob beim Richter überhaupt ein Irrtum erregt wird.¹ Die logisch vorrangige Frage hingegen wird nicht gestellt, warum im Falle des § 138 Abs. 1 die vorher immer bejahte Bindungswirkung des Gerichts nun ab 1933 zugunsten einer Überzeugungsbildung des Gerichts entfällt, obwohl die einschlägigen Vorschriften keine Änderung erfahren haben.

Es dürfte daher verfehlt sein, diesem bloßen Hinweis des Reichsgerichts in Strafsachen auf eine geänderte Verfahrensordnung eine - weittragende - Bedeutung für die Dogmatik des Zivilprozesses einzuräumen, wo doch in der eigentlichen Entscheidung nur eine strafrechtliche - durchaus erwünschte - Lösung (Betrug) im Vordergrund stand.

Dem Streit um die Wahrheitspflicht entzieht sich auch der Bundesgerichtshof in Strafsachen für das Mahnverfahren durch Verweisung auf eben diese

1 vgl. Giering GA 1973, S. 3

Reichsgerichtsentscheidung. Dabei bleibt im Ergebnis zweifelhaft, worauf der Bundesgerichtshof letztendlich die zur Täuschung erforderliche Überzeugungsbildung des Rechtspflegers stützt oder ob er gar an der eigentlichen Problematik vorbeigegangen ist.¹ Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs prüft der Rechtspfleger zu Recht nur die Schlüssigkeit des erhobenen Anspruchs, nicht aber die Richtigkeit der diesem Anspruch zugrunde liegenden Tatsachen. Die vom Bundesgerichtshof sodann gewählten Beispiele, in denen der Rechtspfleger den Erlaß eines Zahlungsbefehls ablehnen muß und aus denen sich die Möglichkeit der Täuschung des Rechtspflegers ergeben soll, betreffen lediglich die Schlüssigkeit des Anspruchs, so daß unklar bleibt, ob und wo die Bindung des Rechtspflegers im Falle des § 138 Abs. 1 aufhören und die für eine Täuschung erforderliche Überzeugungsbildung einsetzen soll.² Ferner ist eine gewisse Inkongruenz zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (37. Band, S. 157) nicht zu verkennen.

Geht man davon aus, daß die in den §§ 288 und 331 ausgesprochene Bindung des Gerichts durch die

1 vgl. Giering GA 1973, S. 4

2 vgl. in diesem Zusammenhang auch eine Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH (5 StR 254/59 v. 21.7.59), in der die Problematik expressis verbis angesprochen wird: "Ob im Zivilprozeß ein versuchter Prozeßbetrug schon dadurch begangen werden kann, daß beweislos unrichtige Prozeßbehauptungen aufgestellt werden, kann nur dann zweifelhaft sein, wenn der Richter mit Rücksicht auf die Parteimaxime unbestrittene und im Versäumnisverfahren ihnen gleichstehende Behauptungen seiner Entscheidung zugrunde legt, ohne sich Gedanken über ihre Richtigkeit machen zu müssen. In solch einem Falle irrt der Richter möglicherweise nicht" (zit. bei Pfeiffer-Maul-Schulte § 263 Randnr. 17).

Verknüpfung mit dem Geständnisbegriff gleichen Stellenwert haben, so wirkt es doch befremdend, wenn der Bundesgerichtshof in Zivilsachen die Verwertung einer bewußt unwahren Behauptung gerade nicht ausschließt, sondern in seiner Entscheidung zum wesentlichen Bestandteil des Geständnisses macht und somit zu einer Bindungswirkung gelangt.¹

Schließlich spricht auch ein bedeutender praktischer Gesichtspunkt für die unbedingte Bindung des Gerichts im Versäumnisverfahren und des Rechtspflegers in Mahnsachen. Mit Recht bemerkt Krencker, daß es dem Gericht im Versäumnisverfahren - im Mahnverfahren dem Rechtspfleger - in der Regel unmöglich ist festzustellen, ob eine Partei nun wirklich subjektiv unwahre Behauptungen aufgestellt hat (dann will Krencker § 138 Abs. 1 eingreifen lassen) oder die Tatsachenbehauptungen nur objektiv unwahr sind, da es keine Beweiserhebungen durchführen darf.² Dieser Gesichtspunkt gewinnt gerade in der Entscheidung des Arbeitsgerichtes Gelsenkirchen eine erhebliche Bedeutung, wenn man die aufgezeigten Schwierigkeiten des Gerichts bei der Überzeugungsbildung verfolgt, ob der Kläger eine bewußt unwahre Behauptung aufgestellt hat. Insofern dürfte diese Entscheidung auch ein Einzelfall ohne weitreichende dogmatische Bedeutung bleiben, der vorwiegend vom Ergebnis zu betrachten ist. Der Kläger hatte seine Berufung in der dem Verfahren vorausgegangenen Strafsache, die denselben Provisionsanspruch betraf, auf das Strafmaß beschränkt. Hierin sah das Arbeitsgericht ein "Geständnis" des damaligen Angeklagten, daß er keinen Provisionsanspruch gegen den jetzigen Beklagten mehr habe. Nur ein

1 zu diesem Gedanken vgl. bereits Lorenz JW 1934, S. 875

2 Krencker, S. 62

solcherart auf § 138 Abs. 1 gestütztes Versäumnisurteil konnte zu einer Kongruenz mit dem Strafurteil führen; damit vermied das Arbeitsgericht das unerwünschte Ergebnis, durch Erlaß eines Versäumnisurteils dem Strafurteil, das auf einer breiten Beweisgrundlage fußte, die Substanz zu entziehen.

C Literatur

1. Kongruenz mit dem Geständnisrecht

Die Literatur differenziert bei der Frage nach dem Einfluß der Wahrheitspflicht auf die Bindungswirkung des Gerichts in aller Regel nicht zwischen dem Geständnis und der Geständnisfiktion.¹

2. Differenzierungsversuche

Eine scheinbare Ausnahme stellt die Kommentierung durch Stein-Jonas dar. Im Widerspruch zu den Ausführungen zu § 288 (unwahres Geständnis) werden hier von der Wirkung des § 331 Behauptungen ausgeschlossen, die das Gericht für subjektiv unwahr hält.² Im Bewußtsein der praktischen Undurchführ-

1 vgl. z.B. Welzel, S. 24; Krencker, S. 63; Nikisch, S. 299; Bernhardt, Festschrift für Leo Rosenberg, S. 34; Münter, S. 69; Lent-Jauernig § 66 Anm. III 2. Auch Baumbach-Lauterbach gehört trotz der Ausführungen zu § 138 Anm. 1 F entgegen Schneider DRiZ 1963, S. 343 Anm. 16 hierzu (vgl. § 331 Anm. 2 b); Rosenberg-Schwab (§§ 108 VI 1 a, 117 Anm. I 1 f der 10. Auflage sowie § 117 Anm. I 1 f nur für das Geständnis in der 11./12. Auflage).

2 Stein-Jonas § 331 Anm. II 2; zu dem Vorwurf der Inkonsequenz vgl. bereits Lorenz JW 1934, S. 875 gegenüber Stein-Jonas (15. A.); zur Verquickung von Offenkundigkeit und Wahrheitspflicht vgl. Schneider DRiZ 1963, S. 342. Die Ansicht Wieczoreks (§ 331 Anm. A II b 2) kann hier unberücksichtigt bleiben, da sie sich nur auf die bereits besprochene Entscheidung RGSt 72, S. 115 stützt und außerdem im Widerspruch mit den eigenen Ausführungen zu § 138 steht (§ 138 Anm. C I a).

barkeit nähert sich die Kommentierung sofort wieder der sicheren Geständnisbasis: "Allerdings wird ein Fall der letzten Gruppe (subjektiv unwahre Tatsache) meist gleichzeitig ein solcher der beiden letzten Gruppen sein (unmögliche oder offenkundige Tatsachen); denn die Annahme, daß eine Behauptung erlogen ist, wird sich praktisch regelmäßig darauf stützen, daß die Tatsache unmöglich oder das Gegenteil offenkundig ist".¹

Und auch das in der Kommentierung von Stein-Jonas in § 370 Anm. I 2 erwähnte Beispiel ist kein eigentlicher Fall des § 138 Abs. 1, sondern vielmehr des § 291. Bei einem Versäumnisurteil nach vorangegangener Beweisaufnahme zu Gunsten des Beklagten ist das Beweisergebnis eine notorische Tatsache, deren Berücksichtigung entgegen der h.M. nicht durch § 332 ausgeschlossen ist.² Denn Geständnis wie

1 Stein-Jonas § 331 Anm. II 2

2 so mit Recht Münter, S. 58ff unter Berufung auf Hellwig I, S. 675; vgl. auch Wieczorek § 290 A II b zu 3 und 7 sowie de lege ferenda von Hippel, S. 428 und Titze, S. 176f, der insbesondere die Versetzung des § 542 Abs. 2 a.F. in das erstinstanzliche Verfahren fordert. Die h.M. beruft sich hingegen auf den sogenannten Verhandlungsgrundsatz (vgl. Brügge-mann, S. 348 - Die deutsche ZPO gehe in ihrer übersteigerten Folgerichtigkeit eben davon aus, daß bei Ausbleiben einer Partei das Tatbestandsbild stets unvollkommen bleiben müsse und das Gericht keinen unvoreingenommenen Eindruck gewinnen könne). Für die Anwendung des § 291 in Bezug auf eine dem Säumigen günstige Beweisaufnahme plädieren ferner Bernhardt in Festgabe für Rosenberg, S. 34 und Nikisch §§ 67 Anm. II 1, 76 Anm. IV 1 b. Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Vorschlag Stolls, zur Vermeidung einer tatsachenunrichtigen Entscheidung bei Versäumung eines späteren Termins den § 331a durch einen weiteren Satz zu ergänzen: "Das Gericht kann nach seinem Ermessen unter Ablehnung eines Versäumnisurteils nach Lage der Akten entscheiden" (DJZ 1934, S. 306).

Geständnisfiktion überheben des Beweises. Ist nun aber ein Beweis erhoben worden, so bleibt für die abkürzende Funktion dieser Institute hinsichtlich der bewiesenen Tatsache kein Platz mehr.

Eine echte Differenzierung nimmt lediglich Kress vor.¹ Im Falle der §§ 288, 138 Abs. 3 bestehe kein Interesse der Gemeinschaft an der Feststellung des wahrheitsgemäßen Sachverhalts, da das öffentliche Interesse am Rechtsfrieden nicht gestört sei (Ausnahme: Kollusion und Statusprozeß). Gestützt wird diese Argumentation auf eine extensive Interpretation des § 279 a.F., die an sich einer Einschränkung bedurft hätte.

Im Versäumnisverfahren - entsprechendes gelte für das Mahnverfahren² - sei aber zu prüfen, ob eine bewußt unwahre Behauptung des Klägers eine vom Richter zu beachtende Grundlage für das Urteil bilden könne. Einem Geständnis müsse eine Behauptung

1 Kress, S. 50 (zu §§ 288, 138 Abs. 3) und S. 53ff (zu §§ 331, 688); Rosenberg-Schwab, der eine ähnliche Differenzierung vornimmt, folgt in der Berücksichtigung des § 138 Abs. 1 beim Versäumnisverfahren und der Nichtberücksichtigung beim Geständnis argumentationslos der Rechtsprechung (§§ 108 VI 1 a, 117 I 1 f der 10. Aufl. sowie § 117 I 1 f nur für das Geständnis in der 11./12. Aufl.).

2 Das RG in Strafsachen im 42. Band, S. 410 vertrat vor Einführung des § 138 Abs. 1 unter Berufung auf § 690 die Ansicht: "Der Zahlungsbefehl wird demnach erlassen, nicht wenn und weil der Richter den Angaben des Gesuchstellers glaubt, sondern wenn und weil das Gesuch den formellen Vorschriften des Gesetzes über den Inhalt des Gesuches entspricht". Diese Ansicht gab das RGSt im 72. Band, S. 113ff zwar auf und nahm für diese Fälle einen Prozeßbetrug an. Gleichwohl dürfte grundsätzlich ein Prozeßbetrug in diesen Fällen nicht gegeben sein. "Denn Richter oder Rechtspfleger sind im Normalfall von der Wahrheit der materiellrechtlich bedeutsamen Tatsachenbehauptungen weder überzeugt noch halten sie diese für überwiegend wahrscheinlich" (Giering GA 1973, S. 1 (25)).

vorausgehen, beim Versäumnisverfahren dagegen habe der Richter lediglich von einer Behauptung auszugehen. Eine bewußt unwahre Behauptung sei vom Richter grundsätzlich nicht zu beachten, da die Wahrheitspflicht insoweit sanktioniert sei.¹

Die hiergegen gerichtete Kritik Münters bewegt sich nur an der Oberfläche, da sie den dogmatischen Hintergrund der diesbezüglichen Richterbindung außerachtläßt, nur den Gesetzesmechanismus darstellt und schließlich auf die rechtspolitische Ebene abweicht.²

Kress verkennt vielmehr die Genesis der Fiktion der "affirmativen Litiskontestation" gem. § 331. Die hier zum Ausdruck kommende deutschrechtliche Auffassung ist zwar in das Gewand des romanischen Beweissystems eingekleidet.³ Eine Würdigung der Behauptungen des Klägers gem. § 286 ist aber ausgeschlossen.⁴

1 Kress, S. 48; so auch Weimar MDR 1963, S. 189, der die Bindung des Gerichts im Versäumnisverfahren entfallen läßt, wenn feststeht, daß der Kläger von der Unwahrheit der aufgestellten Behauptungen überzeugt ist. Aufgrund der Beispiele (offenkundige Tatsachen, vernichtendes Ergebnis der Beweisaufnahme für den Kläger) kann auf die Ausführungen zu Stein-Jonas verwiesen werden. Vgl. auch die Ablehnung des Ansatzes von Weimar durch Schneider DRiZ 1963, S. 342ff (u.a.: "Wie soll der Richter die Unwahrhaftigkeit einer Partei feststellen - wirklicher Sachverhalt, innere Einstellung - wenn nicht praktisch durch eine Beweisaufnahme, die aber das Versäumnisverfahren gerade verhindern will?").

2 Münter, S. 63

3 Esser, S. 94

4 so aber Kress, S. 48; im übrigen kann auf die Dogmatik unter § 5 I B dieser Untersuchung verwiesen werden. Aus diesem Grund bleibt auch kein Raum für die Ansicht Krenckers (S. 57 Anm. 34), durch § 138 Abs. 3 werde nur die Beweisbedürftigkeit einer Behauptung ausgeschlossen. Sei der Richter von der Unwahrhaftigkeit einer Behauptung überzeugt, so habe er sie trotz des Nichtbestreitens durch den Gegner aufgrund der Bestimmung des § 138 Abs. 1, die dadurch keinesfalls ausgeschlossen werden solle, nicht zu beachten.

D Lösungsansatz aus dem Regelungscharakter der
Geständnisfiktion

Während § 138 Abs. 3 den Fall erfaßt, daß eine Partei zu einer Behauptung des Gegners keine Erklärung abgibt, ergänzt § 331 diese Einzeltatsachenregelung für den Globalfall der Säumnis des Beklagten. In beiden Fällen erhält das Gericht das Tatsachenmaterial nur von einer Partei. Da der anderen Partei aber die Möglichkeit eingeräumt war, sich zu diesen Tatsachen zu erklären, muß das Gesetz aus ökonomischen Gründen eine Regelung enthalten, die es dem Gericht ermöglicht, das Verfahren ohne große Umschweife (Überzeugungsbildung von der Wahrheit der behaupteten Tatsache gem. § 286) zu beenden, wenn z.B. der Beklagte der Verhandlung ferngeblieben ist.

Dabei kann das Ausbleiben durchaus verschiedene Gründe haben. "Es kann darin der böswillige Versuch liegen, eine Entscheidung hinauszuschieben oder zu vereiteln; es kann jedoch auch vernünftiger Überlegung entspringen, entweder der Einsicht, daß der Prozeß doch aussichtslos ist und das Fernbleiben der Abkürzung des Verfahrens und der Kostenersparnis dient oder der festen Überzeugung, daß dem Kläger auf Grund seiner eigenen Behauptung kein Recht zustehe und daher dem Vertrauen in die richtige Rechtsfindung durch das Gericht allein".¹ Gemäß dem deutschrechtlichen Abwehrprinzip nimmt das Gericht in solchen Fällen keine Wahrheitsprüfung vor, sondern macht den einseitigen Parteivortrag

¹ Stoll DJZ 1934, S. 304

Ein Versäumnisurteil darf jedoch dann nicht ergehen, wenn die säumige Partei nicht mit einem Versäumnisurteil zu rechnen brauchte. Kein Fall der Säumnis, sondern ein unabwendbarer Zufall liegt nach h.M. insbesondere vor, wenn der Rechtsanwalt der erschienenen Partei entgegen einer ausdrücklichen anwaltlichen Vereinbarung den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt (OLG Karlsruhe NJW 1974, S. 1096f).

zur tatsächlichen Urteilsgrundlage. Damit wird die nichtbestreitende Partei in Zugzwang gesetzt. Im Falle des § 138 Abs. 3 kann sie die Erklärung nur noch in der Berufung nachholen, während sie ein Versäumnisurteil noch durch Einspruch gem. § 338 unter Beachtung des § 345 oder durch Berufung im Falle des § 513 Abs. 2 beseitigen kann.

Die Bindungswirkung dieser Regeln wird nur durch § 291 durchbrochen. Die Fälle hingegen, in denen der Richter (bzw. der Rechtspfleger im vergleichbaren Mahnverfahren) von einer Prozeßlüge oder objektiven Unwahrheit einer behaupteten Tatsache ausgehen, diese Überzeugung aber nur durch privates Wissen gewonnen haben, werden von den Nichtbestreitensregeln erfaßt. Auch die Vermutung der Unwahrheit des Tatsachenvortrags, die sich auf amtliche Kenntnisse stützt, reicht erst aus, wenn diese sich zu einer Offenkundigkeit unwahrer Behauptungen verdichtet hat. Denn die abkürzende Funktion dieser Regeln beinhaltet, daß "Zweifel, ja sogar die Vermutung der Unwahrheit des Tatsachenvortrags oder des Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht noch nicht zur Versagung von Versäumnisurteil oder Zahlungsbefehl berechtigen".¹ Die Frage, ob ein Versäumnisurteil ergeht oder nicht, muß aus Gründen der Rechtssicherheit klar beantwortet sein. Daher muß es dem Gericht auch verwehrt bleiben, Gedanken und Motive des Klägers zu untersuchen und darüber Wahrscheinlichkeitserwägungen anzustellen, wenn der Beklagte nicht erscheint.

Ob sich die Wirkung des § 291 bei Versäumung eines weiteren Termins auch auf eine solche Tatsache erstreckt, von deren Unwahrheit sich das Gericht bereits im gegenwärtigen Rechtsstreit überzeugt hat,² kann dann dahingestellt bleiben, wenn man

1 Giering GA 1973, S. 8

2 vgl. § 6 III B 3 dieser Untersuchung

sich de lege ferenda zu folgender Ergänzung der §§ 331, 331a entschließt: "Das Gericht kann nach eigenem Ermessen unter Ablehnung eines Versäumnisurteils nach Lage der Akten entscheiden".¹

Daß das Versäumnisverfahren daneben den Parteien wie ihren Anwälten die Möglichkeit bietet, einen aussichtslosen Prozeß zu beenden, ohne das Gesicht zu verlieren,² schmälert nicht die grundsätzliche Bedeutung des Versäumnisverfahrens.

Schließlich ist das Versäumnisverfahren auch durch das Gesetz zur Änderung der Zivilprozeßordnung seit dem 1. April 1974 von dem Makel befreit worden, vielen Klägern eine Spekulationsmöglichkeit einzuräumen, "faule Forderungen durch falsche Versäumnisurteile - gestützt auf §§ 38, 29 - zu sarnieren", nachdem eine Prorogationsmöglichkeit entfiel, die zuließ, "daß der wirtschaftlich Stärkere dem Schwächeren einen ihm genehmen Gerichtsstand aufzwang".³

Im übrigen hat das Versäumnisverfahren seit der Geltung der Vereinfachungsnovelle erheblich an Bedeutung gewonnen, da es die Möglichkeit bietet, die Verspätungsfolgen insbesondere des § 296 Abs. 1 (mit der weiteren Folge des § 528 Abs. 3) durch Säumnis zu heilen.⁴

1 so Stoll DJZ 1934, S. 306 mit eingehender Begründung

2 Eine Partei, die zur Sache verhandelt hat, kann sich jedoch, wenn das Gericht eine Beweiserhebung sofort durchführt, einer sofortigen streitigen Entscheidung nicht mit der Erklärung entziehen, sie trete nicht mehr auf (OLG Hamm NJW 1974, S. 1097).

3 zu den Zitaten vgl. Ostermeyer, zit. in: Der Spiegel Nr. 19 (1973), S. 89

4 vgl. Deubner NJW 1979, S. 337 (342f); Fastrich NJW 1979, S. 2598ff

§ 7 Vorschläge de lege ferenda

Abschließend soll hier der Versuch unternommen werden, die aus der Dogmatik gewonnenen Orientierungspunkte de lege ferenda zu formulieren.

I Geständnisrecht

§ 288 Abs. 2 kann ersatzlos gestrichen werden, da die hier enthaltene Klarstellung an Geständnisvorstellungen des frühen 19. Jahrhunderts anknüpft. Das heutige Geständnisrecht bedarf einer solchen Klarstellung nicht mehr.

Statt dessen können in einem neuen Absatz 2 die Fälle der Unwirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses enumerativ aufgezählt werden:

"Ein gerichtliches Geständnis ist unwirksam, wenn die zugestandene Tatsache offenkundig unrichtig oder unmöglich ist oder die Parteien entweder betrügerisch zusammenwirken oder zwingende Vorschriften des materiellen Rechts einverständlich umgehen wollen".

Des weiteren sollte der Irrtum als Widerrufsvoraussetzung in § 290 ZPO entfallen:¹

"Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nur dann Einfluß, wenn die widerrufende Partei beweist, daß das Geständnis nicht der Wahrheit entspricht. In diesem Falle verliert das Geständnis seine Wirksamkeit. Für den Widerruf gilt die Vorschrift des § 296 Abs. 2 entsprechend".

1 so bereits Schmidt (Lehrbuch), S. 455

II Nichtbestreitensrecht

Im Nichtbestreitensrecht soll der deutschrechtliche Ansatzpunkt durch Beseitigung der Geständnisfiktion zum Ausdruck gebracht werden:

§ 138 Abs. 3

"Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, bedürfen keines Beweises, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht".

§ 439 Abs. 3

"Wird die Erklärung nicht abgegeben, so bedarf die Echtheit keines Beweises, wenn nicht die Absicht, die Echtheit bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht".

§ 331 Abs. 1 Satz 1

"Beantragt der Kläger gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil, so bedarf das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers keines Beweises".

§ 331 Abs. 4¹

"Das Gericht kann nach seinem Ermessen unter Ablehnung eines Versäumnisurteils nach Lage der Akten entscheiden".

§ 239 Abs. 4

"Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termin nicht, so bedarf auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge keines Beweises. Sodann ist zur Hauptsache zu verhandeln".

§ 542 Abs. 2 Satz 1

"Erscheint der Berufungsbeklagte nicht und beantragt der Berufungskläger gegen ihn das Versäumnisurteil, so bedarf das tatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers keines Beweises".

§ 542 Abs. 2 Satz 3

"§ 331 Abs. 4 gilt entsprechend".

¹ Abs. 3 ist bereits durch die Vereinfachungs-
novelle ab dem 1.7.1977 ausgefüllt.

Schluß

Im Laufe der Ausarbeitung eines Manuskripts ergibt sich für den Verfasser nicht nur manche neue Frage sachlicher Art: Was er an Einsichten gewonnen hat, vergegenständlicht sich sinnfällig in der geschriebenen Fassung, der Abstand zum Stoff wird größer, der Blick auf das Ergebnis kritischer. Es entstehen Zweifel, ob es gelungen ist, das Gemeinte sachgerecht auszudrücken.

Der eigene Anteil des Verfassers schrumpft im Rückblick auf die Darstellung zusammen: Bei der Fülle des Stoffes und der Meinungen kam es eigentlich nur darauf an, bekannte Forschungsergebnisse erneut zu überdenken und sie unter einem bestimmten Blickwinkel zu beleuchten.

Das Ergebnis läßt sich abschließend thesenhaft zusammenfassen:

- (1) Die in den Motiven erwähnte Bezugnahme auf das gemeine Recht (insbesondere auf die von Wetzell und Planck vertretene Verzichtstheorie) erweist sich als eine nachträgliche Dekoration des Geständnisrechts. Dessen Regelungsmechanismus ist über den Norddeutschen Entwurf einer Zivilprozeßordnung (1869) auf die Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten (1793) zurückzuführen - dem Schulbeispiel für die sogenannte Untersuchungsmaxime und die Sanktionen bei Verletzung der Wahrheitspflicht.
- (2) Die Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten sind gemäß ihrer Entstehungsgeschichte keine Deduktionen des sogenannten Verhandlungsgrundsatzes. Die in diesen Regeln zum Ausdruck kommende "Sperrwirkung" gegenüber dem Gericht deckt sich allerdings mit dem neueren Verständnis dieses Grundsatzes.

- (3) Das gerichtliche Geständnis ist eine Prozeßhandlung mit alternativem Tatbestandscharakter (Wissens- bzw. Wahrheitserklärung oder Wollenserklärung), deren Bindungswirkungen eintreten, sobald die Parteien eine Tatsache übereinstimmend vorgetragen haben.
- (4) Der historische Ursprung der Geständnis- und Einlassungsfiktionen im Zivilprozeß liegt in der romanistischen Beweisregelung.

Diese Fiktionen überlagern die deutschrechtliche Auffassung, daß ein einseitiger, nicht bestrittener Parteivortrag nicht des Beweises bedarf.
- (5) Der Funktionsbereich der Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten ist durch die Einführung der Wahrheitspflicht 1933 nicht eingegrenzt worden.
- (6) De lege ferenda sollte insbesondere das Merkmal "Irrtum" als Widerrufsvoraussetzung des § 290 ersatzlos gestrichen werden.

LEBENS LAUF

Am 9. Oktober 1947 wurde ich, Hans Gerhard Schoofs, in Kalkar/Niederrhein als erstes von drei Kindern des Zuschneiders Josef Schoofs und seiner Ehefrau Katharina, geb. Verfürth, geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule (1954-1958), des Städtischen Progymnasiums in Kalkar (1959-1960) und des Staatlichen Gymnasiums Kleve (altsprachliche Richtung) legte ich am 2. November 1966 die Reifeprüfung ab und begann im Wintersemester 1966/67 an der Westfälischen Wilhelmsuniversität zu Münster mit dem Studium der Rechtswissenschaft.

Nach Erfolgen bei den Deutschen Hochschulmeisterschaften 1970 (3x1000 m Staffel) und den Deutschen Meisterschaften 1970 (4x1500 m Staffel) bestand ich am 30. März 1971 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die Erste Juristische Staatsprüfung.

Den anschließenden juristischen Vorbereitungsdienst ab 1. Mai 1971 beendete ich nach einer Beurlaubung in der Zeit von April 1971 bis August 1973 nach der "alten Ausbildungsordnung" mit der Zweiten Juristischen Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt von Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf am 20. Dezember 1976.

Durch Verfügung des Präsidenten des Oberlandesgerichtes in Hamm vom 22. März 1977 wurde ich als Rechtsanwalt bei dem Amtsgericht Hamm und dem Landgericht Dortmund und durch Verfügung desselben vom 16. Mai 1978 anderweitig als Rechtsanwalt bei dem Oberlandesgericht Hamm zugelassen.

